المُقنِع

لموفَّق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قُدامة المقدسيّ

٥٤١ - ٦٢٠هـ

و :

الشَّرحُ الكبيرُ

لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسيّ

٥٩٧ - ٦٨٢هـ

ومعهما :

الإنصَاف

في معرفةِ الراجحِ مِنَ الخِلافِ

لعلاء الدين أبي الحسن على بن سليمان بن أحمد المَرْداوِيّ

٨١٧ - ٨٨٥هـ

تحقيق

الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي

الجزء الثالث عشر

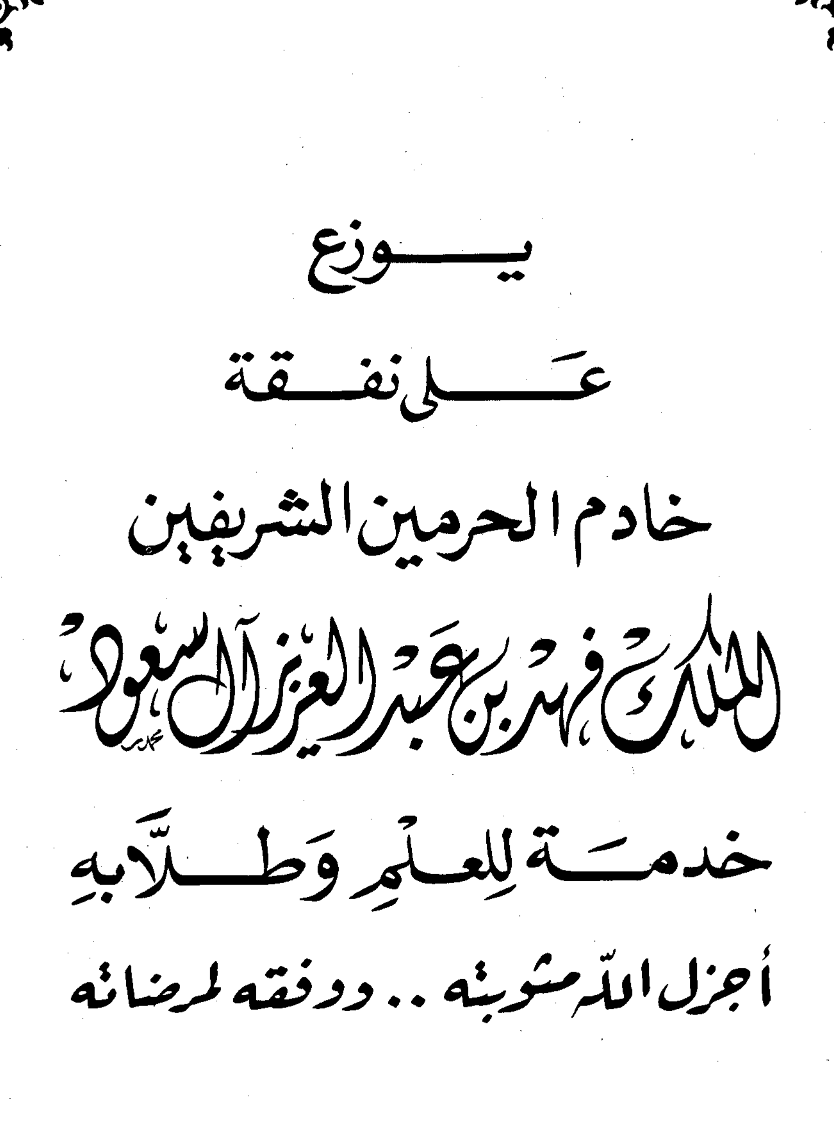
الضَّمان - الكَفَالة - الحَوَالة - الصُّلح - الحَجْر - الوَكَالة

هجر

للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان

الطبعة الأولى
١٤١٥هـ = ١٩٩٥م

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر - المهندسين - جيزة
☎ ٣٤٥٢٥٧٩ - فاكس ٣٤٥١٧٥٦
المطبعة : ٢ ، ٦ ش عبد الفتاح الطويل
أرض اللواء - ☎ ٣٤٥٢٩٦٣
ص . ب ٦٣ إمبابة



يوزع

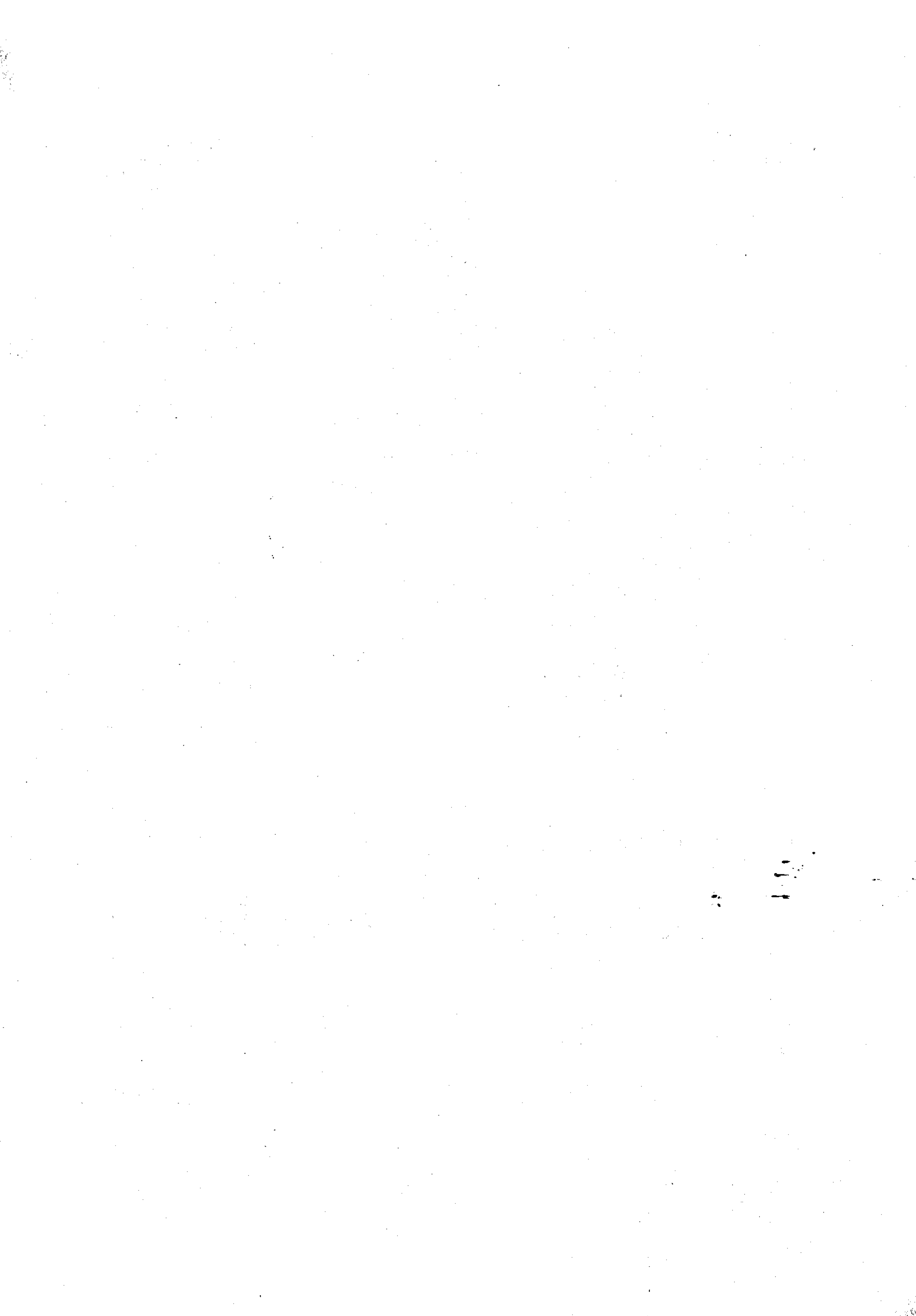
على نفقة

خادم الحرمين الشريفين

الملك فهد بن عبد العزيز آل سعود

خدمة للعلم وطلابه

أجزل الله مثوبته .. ووفقه لمرضاته



بسم الله الرحمن الرحيم

المقنع

بَابُ الضَّمَانِ

وَهُوَ ضَمُّ ذِمَّةِ الضَّامِنِ إِلَى ذِمَّةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ فِي الْتِزَامِ الْحَقِّ .

الشرح الكبير

بابُ الضّمانِ

(وهو ضَمُّ ذِمَّةِ الضّامِنِ إلى ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه فى الْتِزامِ

الإنصاف

بابُ الضَّمانِ

فائدة : اخْتَلفُوا فى اشْتِقاقِه ؛ فقيلَ : هو مُشْتَقٌّ مِنَ الانْضِمامِ ؛ لأنَّ ذِمَّةَ الضَّامِنِ تَنْضَمُّ إلى ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المَذْهَبِ الأحْمَدِ » ، والمُصَنِّفُ هنا ، و « الرِّعايتَيْن » . قال فى « المُسْتَوْعِبِ » : قالَه بعضُ أصحابِنا . قال ابنُ عَقِيلٍ : وليس هذا بالجَيِّدِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : ورُدَّ بأنَّ « لامَ الكَلِمَةِ » فى « الضَّمِّ » مِيمٌ ، وفى « الضَّمانِ » نُونٌ ، وشَرْطُ صِحَّةِ الاشْتِقاقِ ، وُجودُ حُروفِ[1] الأصْلِ فى الفَرْعِ . ويُجابُ بأنَّه مِنَ الاشْتِقاقِ الأكْبَرِ ؛ وهو المُشارَكَةُ فى أكثرِ الأُصُولِ مع مُلاحظَةِ المَعْنَى . انتهى . وقيل : مِنَ التَّضَمُّنِ . قالَه القاضى ، وصوَّبَه فى « المُطْلِعِ » ؛ لأنَّ ذِمَّةَ الضَّامِنِ تتَضَمَّنُ الحَقَّ . قال فى « التَّلْخيصِ » : ومَعْناه تضْمِينُ الدَّيْنِ فى ذِمَّةِ الضَّامِنِ . وقيل : هو مُشْتَقٌّ مِنَ الضِّمْنِ . قال فى « الفائقِ » : وهو أرْجَحُ . قال ابنُ عَقِيلٍ : والذى يَتلوَّحُ لى ، أنَّه مأْخوذٌ مِنَ الضِّمْنِ ، فتَصِيرُ ذِمَّةُ الضَّامِنِ فى ضِمْنِ ذِمَّةِ المَضْمونِ عنه . فهو زِيادَةُ وَثِيقَةٍ . انتهى . هذا الخِلافُ فى الاشْتِقاقِ ، وأمَّا المَعْنَى ، فواحِدٌ .

قوله : وهو ضَمُّ ذِمَّةِ الضامِنِ إلى ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه فى الْتِزامِ الحَقِّ . وكذا

(١) فى الأصل ، ط : « جزء من » .

الشرح الكبير

الحَقِّ) فيَثْبُتُ فى ذِمَّتِهما جَمِيعًا ، ولصاحِبِ الحَقِّ مُطالَبَةُ مَن شاء منهما . واشْتِقاقُه مِن الضَّمِّ . وقِيلَ : مِن التَّضَمُّنِ[1] ؛ لأنّ ذِمَّةَ الضّامنِ تَتَضَمَّنُ الحَقَّ . والأصْلُ فى جَوازِه الكِتابُ والسُّنّةُ والإجْماعُ . أمّا الكِتابُ ، فقَوْلُه تعالى : ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾[2] . والزَّعِيمُ : الكَفِيلُ . قاله ابنُ عَبّاسٍ . وأمّا السُّنَّةُ ، فما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنّه قال : « الزَّعِيمُ غَارِمٌ » . رَواه أبو داودَ ، والتِّرْمِذِىُّ[3] ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وأجْمَعَ المُسْلِمُون [٤/٦٥و] على الضَّمانِ فى الجُمْلَةِ ، واخْتَلَفُوا فى فُرُوعٍ تُذْكَرُ ، إن شاءَ اللهُ تعالى . يُقال : ضَمِينٌ ، وكَفِيلٌ ، وقَبِيلٌ ، وحَمِيلٌ ، وزَعِيمٌ ، وصَبِيرٌ . بمعنًى واحدٍ . ولابُدَّ فى الضَّمانِ من ضامِنٍ ، ومَضْمُونٍ عنه ، ومَضْمُونٍ له .

الإنصاف

قال فى « الهِدايَةِ » ، و « المَذْهَبِ الأحْمَدِ » ، و « الكافِى » ، و « الهادِى » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . وقال فى « الوَجيزِ » : [٢/١٢١و] [4]هو الْتِزامُ[4] الرَّشِيدِ مَضْمُونًا فى يَدِ غيرِه ، أو ذِمَّتِه ، حالًّا أو مَآلًا . وقال فى « الفُروعِ » : [4]هو الْتِزامُ[4] مَن يصِحُّ تَبَرُّعُه ، أو مُفْلِسٍ ، ما وجَب على غيرِه ،

---

(١) فى م : « التضمين » .

(٢) سورة يوسف ٧٢ .

(٣) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى تضمين العارية ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٦٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى أن العارية مؤداة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٦٩ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الكفالة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٠٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ٢٦٧ ، ٢٩٣ .

(٤ - ٤) فى ط : « والتزام » .

المقنع

وَلِصَاحِبِ الْحَقِّ مُطَالَبَةُ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا فِى الْحَيَاةِ وَالْمَوْتِ .

الشرح الكبير

١٨٢٣ - مسألة : (ولِصاحبِ الحَقِّ مُطالَبَةُ من شاءَ منهما فى الحَياةِ والمَوْتِ) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ المَضْمُونَ عنه لا يَبْرَأُ بنَفْسِ الضَّمانِ ، كما

الإنصاف

مع بَقائِه ، وقد لا يبْقَى . وقال فى « المُحَرَّرِ » : هو الْتِزامُ الإِنْسانِ فى ذِمَّتِه دَيْنَ المَدْيونِ مع بَقائِه عليه . وليس بمانِعٍ ؛ لدُخولِ مَن لا يصِحُّ تبرُّعُه ، ولا جامِعٍ ؛ لخُروجِ ماقد يجِبُ والأعْيانِ المَضْمونَةِ ، ودَيْنِ المَيِّتِ إنْ بَرِئَ بمُجَرَّدِ الضَّمانِ ، على رِوايَةٍ تأْتِى . قال فى « الفائقِ » : وليس شامِلًا ماقد يجِبُ . وقال فى « التَّلْخيصِ » : مَعْناه تَضْمِينُ الدَّيْنِ فى ذِمَّةِ الضَّامِنِ ، حتى يصِيرَ مُطالَبًا به ، مع بَقائِه فى ذِمَّةِ الأَصِيلِ .

فائدة : يصِحُّ الضَّمانُ بلَفْظِ ضَمِينٍ ، وكَفِيلٍ ، وقَبِيلٍ ، وحَمِيلٍ ، وصَبِيرٍ ، وزَعيمٍ . أو يقولُ : ضَمِنْتُ دَيْنَك أو تحَمَّلْتُه ، ونحوَ ذلك . فإنْ قال : أنا أُؤَدِّى . أو : أُحْضِرُ . لم يَكُنْ مِن أَلْفاظِ الضَّمانِ ، ولم يصِرْ ضامِنًا به . ووَجَّه فى « الفُروعِ » الصِّحَّةَ بالْتِزامِه . قال : وهو ظاهِرُ كلامِ جماعَةٍ فى مَسائلَ . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : قِياسُ المذهبِ ، يصِحُّ بكُلِّ لَفْظٍ فُهِمَ منه الضَّمانُ عُرْفًا ، مثْلَ قَوْلِه : زَوِّجْه ، وأنا أُؤَدِّى الصَّداقَ . أو : بِعْه ، وأنا أُعْطِيك الثَّمَنَ . أو : اتْرُكْه ، ولا تُطالِبْه ، وأنا أُعْطِيك . ونحوِ ذلك .

قوله : ولصاحِبِ الحَقِّ مُطالَبَةُ مَن شاءَ منهما . بلا نِزاعٍ ، وله مُطالَبَتُهما معًا أيضًا . ذكَرَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ وغيرُه .

قوله : فى الحياةِ والمَوْتِ . هذا المذهبُ ، بلا رَيْبٍ ، وعليه الأصحابُ ، فإنْ ماتَ أحدُهما ، فمِنَ التَّرِكَةِ . قال فى « الفُروعِ » : والمذهبُ حَياةً ومَوْتًا . وعنه ، يبْرَأُ المَدْيونُ بمُجَرَّدِ الضَّمانِ ، إنْ كان مَيِّتًا مُفْلِسًا . نصَّ عليه ، على ما يأْتِى .

الشرح الكبير

يَبرأُ المُحِيلُ بنفسِ الحَوالَةِ قبل القَبْضِ ، بل يَثْبُتُ الحَقُّ فى ذِمَّةِ الضَّامِنِ ، مع بَقائِه فى ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه . فعلى هذا ، لصاحِبِ الحَقِّ مُطالَبَةُ مَن شاء منهما فى الحياةِ وبعدَ المَوْتِ . وبهذا قال الثَّوْرِىُّ ، والشّافِعِىُّ ، وإسحاقُ[1] ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ، وأبو عُبَيْدٍ[2] . وحُكِىَ عن مالكٍ فى إحْدى الرِّوايَتَيْنِ عنه ، أنَّه لا يُطالِبُ الضّامِنَ إلَّا إذا تعَذّرَ مُطالَبَةُ المَضْمُونِ عنه ؛ لأنَّه وَثِيقَةٌ ، فلا يُسْتَوْفَى الحَقُّ منها إلَّا مع تَعذُّرِ اسْتِيفائِه مِن الأصْلِ ، كالرَّهْنِ . ولَنا ، قَوْلُه عليه السلامُ : « الزَّعِيمُ غارِمٌ » . ولأنَّ الحَقَّ ثابِتٌ فى ذِمَّةِ الضّامِنِ ، فمَلَكَ مُطالَبَتَه ، كالأصْلِ . ولأنَّ الحَقَّ ثابِتٌ فى ذِمَّتِهِما ، فمَلَكَ مُطَالَبَةَ مَن شاء منهما ، كالضّامِنَيْن إذا تَعَذَّرَتْ مُطالَبَةُ المَضْمُونِ عنه . ولا يُشْبِهُ الرَّهْنَ ؛ لأنه مالُ مَن عليه الحَقُّ ، وليس بذِى[3] ذِمّةٍ يُطالَبُ ، إنَّما يُطالَبُ مَن عليه الدَّيْنُ ؛ لِيَقْضِىَ منه أو مِن غيرِه . وقال أبو ثَوْرٍ : الكَفَالةُ والحَوالةُ سواءٌ ، وكِلاهما يَنْقُلُ الحَقَّ عن ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه والمُحِيلِ . وحُكِىَ ذلك عن ابن[1] أبى لَيْلَى ، وابنِ شُبْرُمَةَ ، وداودَ . وعن أحمدَ رِوايَةٌ ، أنَّ المَيِّتَ يَبْرأُ بمُجَرَّدِ الضَّمانِ . نَصَّ عليه أحمدُ[4] فى رِوايَةِ يُوسفَ بنِ مُوسَى . واحْتَجُّوا بما رَوَى أبو سعيدٍ

(١) سقط من : م .

(٢) فى الأصل : « عبيدة » .

(٣) فى م : « بدين » .

(٤) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

الخُدْرِىُّ قال : كُنَّا مع النبىِّ ﷺ فى جِنازَةٍ ، فلمّا وُضِعَتْ ، قال : « هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ مِنْ دَيْنٍ ؟ » . قالوا : نعم ، دِرْهَمان . فقال : « صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ » . فقال علىٌّ : هما عَلَىَّ يا رسولَ اللهِ ، وأنا لهما ضامِنٌ . فقام رسولُ اللهِ ﷺ فَصَلَّى عليه ، ثم أقْبَلَ على علىٍّ فقال : « جَزَاكَ اللهُ عَنِ الْإِسْلَامِ خَيْرًا ، وَفَكَّ رِهَانَكَ كَمَا فَكَكْتَ رِهَانَ أَخِيكَ » . فقِيل : يا رسولَ اللهِ ، هذا لعلىٍّ خاصَّةً ، أم للنّاسِ عامَّةً ؟ فقال : « بَلْ لِلنّاسِ عامَّةً » . رَواه الدّارَقُطْنِىُّ[1] . فدَلَّ على أنّ المَضْمُونَ عنه بَرِئَ بالضَّمانِ[2] ، ولذلك صَلَّى عليه رسولُ اللهِ ﷺ . ورَوَى الإمامُ أحمدُ فى « المُسْنَدِ »[3] عن جابرٍ ، قال : تُوُفِّىَ صاحِبٌ لَنا ، فأتَيْنا به النبىَّ ﷺ لِيُصَلِّىَ عليه ، فخَطا خُطْوَةً ، ثم قال : « أَعَلَيْهِ دَيْنٌ ؟ » . قلنا : دِيناران . فانْصَرَفَ ، فتَحَمَّلَهما أبو قَتادَةَ ، فقال : الدِّيناران عَلَىَّ . فقال رسولُ اللهِ ﷺ : [٦٥/٤ظ] « وَجَبَ حَقُّ الغَرِيمِ ، وبَرِئَ المَيِّتُ مِنْهُمَا ؟ » . قال : نعم . فصَلَّى عليه ، ثم قال بعدَ ذلك : « مَا فَعَلَ الدِّينَارَانِ ؟ » . قال : إنَّما مات أمْسِ . قال : فعادَ إليه مِن الغَدِ ، فقال : قد قَضَيْتُهما .

الإنصاف ....

(١) فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٣ / ٤٧ .
كما أخرجه البيهقى ، فى : باب وجوب الحق بالضمان ، من كتاب الضمان . السنن الكبرى ٦ / ٧٣ .

(٢) فى م : « بالضامن » .

(٣) تقدمت قصة أبى قتادة عن سلمة بن الأكوع فى ٢١/٦ ، والقصة هنا عن جابر أخرجها الإمام أحمد ، فى : المسند ٣٣٠/٣ . كما أخرجها أبو داود ، فى : باب التشديد فى الدين ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٢١/٢ .

الشرح الكبير

فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « الْآنَ بَرَّدْتَ عَلَيْهِ[1] جِلْدَهُ » . وهذا صَرِيحٌ فى بَراءةِ المَضْمُونِ عنه ؛ لقَوْلِه : « وَبَرِئَ المَيِّتُ مِنهُمَا » . ولأنَّه دَيْنٌ واحِدٌ ، فإذا صار فى ذِمَّةٍ ثانِيَةٍ[2] ، بَرِئَتِ الأُولَى منه ، كالمُحَالِ به ؛ لأنَّ الدَّيْنَ[3] الواحِدَ لا يَحِلُّ فى مَحَلَّيْنِ . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « نَفْسُ الْمُؤْمِنِ مُعَلَّقَةٌ بِدَيْنِهِ حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ »[4] . وقَوْلُه فى خَبَرِ أبى قَتادةَ : « الْآنَ بَرَّدْتَ عَلَيْهِ جِلْدَهُ » . حينَ أخْبَرَه أنَّه قَضَى دَيْنَه . ولأنَّها وَثِيقَةٌ ، فلا تَنْقُلُ الحَقَّ ، كالشَّهادَةِ . فأمّا صَلاةُ النبىِّ ﷺ على المَضْمُونِ عنه ؛ فلأنَّه بالضَّمانِ صار له وَفاءٌ ، وإنَّما كان ، عليه الصلاةُ والسلامُ ، يَمْتَنِعُ مِن الصلاةِ على مَدِينٍ لم يُخَلِّفْ وَفاءً . وأمّا قَوْلُه لعلىٍّ : « فَكَّ اللهُ رِهَانَكَ كَمَا فَكَكْتَ رِهَانَ أَخِيكَ » . فإنَّه كان بحالٍ لا يُصَلِّى عليه النبىُّ ﷺ ، فلمّا ضَمِنَه فَكَّه مِن ذلك ، أو ما فى مَعْناه . وقَوْلُه : « بَرِئَ الْمَيِّتُ مِنْهُمَا » . أى صِرْتَ أنت المُطالَبَ بهما . وهذا على وَجْهِ التَّأْكِيدِ ؛ لثُبُوتِ الحَقِّ فى ذِمَّتِه ، ووُجُوبِ الأداءِ عنه ؛ بدَليلِ قَوْلِه حينَ أخْبَرَه بالقَضاءِ : « الْآنَ بَرَّدْتَ عَلَيْهِ جِلْدَهُ » . وفارَقَ الضَّمانُ الحَوالةَ ، فإنَّ الضَّمانَ مُشْتَقٌّ مِن الضَّمِّ بينَ الذِّمَّتَيْنِ فى تَعَلُّقِ الحَقِّ بهما وثُبُوتِه فيهما ، والحَوالةُ من التَّحَوُّلِ ،

الإنصاف ....

(1) زيادة من : را . وهى موافقة لما فى المسند .

(2) فى را ، ق ، م : « نائبة » .

(3) سقط من : الأصل ، را .

(4) تقدم تخريجه فى ٦/٢١ .

المقنع

فَإِنْ بَرِئَتْ ذِمَّةُ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، بَرِئَ الضَّامِنُ ، وَإِنْ بَرِئَ الضَّامِنُ ، أَوْ أُقِرَّ بِبَرَاءَتِهِ ، لَمْ يَبْرَأِ الْمَضْمُونُ عَنْهُ .

الشرح الكبير

فَتَقْتَضِى تَحوُّلَ الحَقِّ عن مَحَلِّه إلى ذِمَّةِ المُحالِ عليه . وقَوْلُهم : إنَّ الدَّيْنَ الواحِدَ لا يَحِلُّ مَحَلَّيْن . قلنا : يَجُوزُ تَعَلُّقُه بمَحَلَّيْن على سَبيلِ الاسْتِيثاقِ ، كتَعَلُّقِ دَيْنِ الرَّهْنِ به وبذِمّةِ الرّاهِنِ . كذلك هذا .

١٨٢٤ – مسألة : (فإن بَرِئَتْ ذِمّةُ المَضْمونِ عنه بَرِئَ الضّامِنُ) متى بَرِئَتْ ذِمَّةُ المَضمونِ عنه[1] بقضاءٍ أو إبْراءٍ ، بَرِئَتْ ذِمَّةُ الضّامن . لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لأنَّه تَبَعٌ[2] ، ولأنَّه وَثِيقةٌ ، فإذا بَرِئَ الأصْلُ ، زالَتِ الوَثِيقَةُ ، كالرَّهْنِ .

١٨٢٥ – مسألة : (وإن بَرِئَ الضّامِنُ ، أو أُقِرَّ بِبراءَتِه ، لم يَبْرَأِ المَضْمُونُ عنه) لأنَّه أصْلٌ ، فلا يَبْرَأُ بإبْراءِ التَّبَعِ ، ولأنّه وَثِيقَةٌ انْحَلَّتْ مِن غيرِ اسْتِيفاءِ الدَّيْنِ منها ، فلم تَبْرَأْ ذِمَّةُ الأَصْلِ ، كالرَّهْنِ إذا انْفَسَخَ مِن غيرِ اسْتِيفاءٍ . وأيُّهما قَضَى الحَقَّ بَرِئا جَمِيعًا مِن المَضْمُونِ له ؛ لأنَّه حَقٌّ واحِدٌ ، فإذا اسْتُوفِيَ مَرَّةً ، زال تَعَلُّقُه بهما ، كما لو اسْتُوفِيَ الحَقُّ الذى به رَهْنٌ ، وإن أحالَ أحَدُهما الغَرِيمَ ، بَرِئا جَمِيعًا ؛ لأنَّ الحَوالَةَ كالقَضاءِ .

الإنصاف

قوله : فإنْ بَرِئَتْ ذِمَّةُ المَضْمُونِ عنه ، بَرِئَ الضَّامِنُ ، وإنْ بَرِئَ الضَّامِنُ ، أو أُقِرَّ بَبراءَتِه ، لم يبْرَأِ المَضْمُونُ عنه . بلا نِزاعٍ . ويأْتِى بعدَ قَوْله : وإنِ اعْتَرفَ المَضْمونُ له بالقَضاءِ ، أو قال : بَرِئْتَ إلَىَّ ، أو أبْرَأْتُك .

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى الأصل ، ق ، م : « بيع » .

المقنع

وَلَو ضَمِنَ ذِمِّىٌّ لِذِمِّىٍّ عَنْ ذِمِّىٍّ خَمْرًا ، فَأَسْلَمَ الْمَضْمُونُ لَهُ أَوِ الْمَضْمُونُ عَنْهُ ، بَرِئَ هُوَ وَالضَّامِنُ مَعًا .

الشرح الكبير

فصل : ويَجُوزُ أن يَضْمَنَ الحَقَّ عن الرجلِ الواحِدِ اثْنان أو أكْثَرُ ، سَواءٌ ضَمِن كلُّ واحدٍ جَمِيعَه أو جُزْءًا منه ، فإن ضَمِن كلُّ واحِدٍ منهم جَمِيعَه ، بَرِئَ كلُّ واحِدٍ منهم بأداءِ أحَدِهم ، وإن أبْرَأ المَضْمُونَ عنه ، بَرِئَ الجَمِيعُ ؛ لأنَّهم فُرُوعٌ له ، وإن بَرِئَ[1] أحَدُ الضّامِنَين بَرِئَ وَحْدَه ؛ لأنَّهم غيرُ فُرُوعٍ له ، فلم يَبْرَءُوا ببراءَتِه ، كالمَضْمُونِ [٤/٦٦و] عنه . وإن ضَمِن أحَدُهم صاحِبَه ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ الحَقَّ ثَبَت فى ذِمَّتِه بضَمانِه الأصْلِىِّ ، فلا يَجُوزُ أن يَثْبُتَ ثانِيًا ، ولأنَّه أصْلٌ فيه بالضَّمانِ ، فلا يَجُوزُ أن يَصِيرَ فيه فَرْعًا . ولو تكَفَّلَ بالرجلِ الواحدِ اثْنانِ ، جازَ . ويَجُوزُ أن يَكْفُلَ كلُّ واحِدٍ مِن الكَفِيلَيْنِ صاحِبَه ؛ لأنَّ الكَفالَةَ ببَدَنِه ، لا بما فى ذِمَّتِه . وأىُّ الكَفِيلَيْن أحْضَرَ المَكْفُولَ به ، بَرِئَ ، وبَرِئَ صاحِبُه مِن الكَفالَةِ به[2] ؛ لأنَّه فَرْعُه ، ولم يَبْرَأْ مِن إحْضارِ المَكْفُولِ به ؛ لأنَّه أصْلٌ فى ذلك . وإن كَفَلَ المَكْفُولُ به الكَفِيلَ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه أصْلٌ له فى الكَفالَةِ ، فلم يَجُزْ أن يَصِيرَ فَرْعًا له[3] فيما كَفَلَ به ، وإن كَفَل به فى غيرِه ، جاز .

١٨٢٦ - مسألة : (ولو ضَمِن ذِمِّىٌّ لذِمِّىٍّ عن ذِمِّىٍّ خَمْرًا ، فأسْلَمَ المَضْمُونُ له أو المَضْمُونُ عنه ، بَرِئَ هو والضّامِنُ معًا) لأنَّه بَرِئَ من

الإنصاف

قوله : ولو ضَمِنَ ذِمِّىٌّ لذِمِّىٍّ عن ذِمِّىٍّ خَمْرًا ، فأسْلَمَ المَضْمُونُ له أو المَضْمُونُ

---

(١) فى م : « أبرأ » .

(٢) سقط من : را ، م .

(٣) سقط من : م .

وَلَا يَصِحُّ إِلَّا مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ .

الخَمْرِ الذى ضَمِن عنه ؛ إذ لا يَجُوزُ وُجُوبُ خَمْرٍ على مُسْلِمٍ ، وإذا بَرِئَ المَضْمُونُ عنه ، بَرِئَ الضّامِنُ ؛ لأَنَّه فَرْعُه . وإن أَسْلَمَ المَضْمُونُ له ، بَرِئَ أيضًا ؛ لأَنَّه ليس للمُسْلِمِ المُطالَبَةُ بثَمَنِ الخَمْرِ ؛ لكَوْنِه لا قِيمَةَ له فى الإِسْلامِ ، فإن أَسْلَمَ الضّامِنُ[1] وحدَه ، بَرِئَ ، ولم يَبْرَأِ المَضْمُونُ عنه ؛ لأَنَّه أَصْلٌ ، فلم يَبْرَأْ ببَراءَةِ فَرْعِه ، كما لو أَبْرَأَه المَضْمُونُ له .

١٨٢٧ – مسألة : (ولا يَصِحُّ إلَّا مِن جائِزِ التَّصَرُّفِ) لا يَصِحُّ الضَّمانُ إلَّا مِمَّن يَصِحُّ تَصَرُّفُه فى مالِه ، رجُلًا كان أو امْرأَةً ؛ لأَنَّه عَقْدٌ

عنه ، بَرِئَ هو والضَّامِنُ معًا . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، نصَّ عليه . وعنه ، إنْ لم يُسْلِمِ المَضْمُونُ له ، فله قِيمَتُها . وقيل : يُوَكِّلا ذِمِّيًّا يشْتَرِيها . ولو أَسْلَمَ ضامِنُها ، بَرِئَ وحْدَه .

قوله : ولا يصِحُّ إلَّا مِن جائزِ التَّصَرُّفِ . يُسْتَثْنَى مِن ذلك ، المُفْلِسُ المَحْجُورُ عليه ؛ فإنَّه يصِحُّ ضَمانُه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . [2]وجزم به[2] فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، وغيرِهم . وقد صرَّح به المُصَنِّفُ فى هذا الكتابِ ، فى بابِ الحَجْرِ ؛ حيثُ قال : وإنْ تصَرَّفَ فى ذِمَّتِه بشِراءٍ ، أو ضَمانٍ ، أو إقْرارٍ ، صحَّ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وفى

---

(١) سقط من : م .
(٢ – ٢) سقط من : الأصل ، ط .

الشرح الكبير يُقْصَدُ به المالُ ، فصَحَّ مِن المَرْأةِ ، كالبَيْعِ .

الإنصاف « التَّبصِرَةِ » رِوايَةٌ ؛ لا يصِحُّ ضَمانُ المُفلِسِ المَحْجُورِ عليه . وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا . أو يكونُ مَفْهومُ كلامِه هنا مَخْصُوصًا [(1]بما صرَّح به هناك[1)] ، وهو أوْلَى . قال فى « الفُروعِ » : فيتَوَجَّهُ على هذه الرِّوايَةِ عدَمُ صِحَّةِ تصَرُّفِه فى ذِمَّتِه .

تنبيه : قال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » : ومَن صحَّ تصَرُّفُه بنَفْسِه ، صحَّ ضَمانُه ، ومَن لا ، فلا . وقيل : يصِحُّ ضَمانُ مَن حُجِرَ عليه لسَفَهٍ ، ويُتْبَعُ به بعدَ فَكِّ الحَجْرِ ، كالمُفلِسِ . وصرَّحُوا بصِحَّةِ ضَمانِ المُفْلِسِ ، ويُتْبَعُ به بعدَ فكِّ الحَجْرِ ، فيكونُ[(2)] عُمومُ كلامِهم أوَّلًا مخْصوصًا بغيرِ المَحْجُورِ عليه للمُفلِسِ .

تنبيه : دخَل فى عُمومِ كلامِ المُصَنِّفِ ، صِحَّةُ ضَمانِ المَريضِ . وهو صحيحٌ ، فيصِحُّ ضَمانُه ، بلا نِزاعٍ . لكِنْ إنْ ماتَ فى مَرضِه ، حُسِبَ ماضَمِنَه مِن ثُلُثِه .

فائدة : فى صِحَّةِ ضَمانِ المُكاتَبِ لغيرِه ، وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ؛ أحدُهما ، لا يصِحُّ . قال فى « المُحَرَّرِ » وغيرِه : ولا يصِحُّ إلَّا مِن جائزٍ تَبَرُّعُه سِوَى المُفلِسِ المَحْجُورِ عليه . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم : ومَن صحَّ تصَرُّفُه بنَفْسِه ، زادَ فى « الرِّعايَةِ » : وتبَرُّعُه بمالِه، صحَّ ضَمانُه . والوَجْهُ الثَّانِى: يصِحُّ[(3)] . قال ابنُ رَزِينٍ : ويُتْبَعُ به بعدَ العِتْقِ ،

(1 - 1) فى الأصل ، ط : « صرح به هنا » .

(2) سقط من الأصل ، ط .

(3) فى الأصل : « لايصح » .

المقنع

وَلَا يَصِحُّ مِنْ مَجْنُونٍ ، وَلَا صَبِيٍّ ، وَلَا سَفِيهٍ ، وَلَا مِنْ عَبْدٍ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ، وَيُتْبَعَ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ . [١١١ظ] وَإِنْ ضَمِنَ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، صَحَّ ، وَهَلْ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ أَوْ ذِمَّةِ سَيِّدِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

١٨٢٨ – مسألة : (ولا يَصِحُّ مِن صَبِىٍّ ، ولا مَجْنُونٍ ، ولا سَفِيهٍ ، ولا مِن عَبْدٍ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه . وعنه ، يَصِحُّ ، ويُتْبَعُ به بعدَ العِتْقِ . وإن ضَمِن بإذْنِ سَيِّدِه ، صَحَّ . وهل يَتَعَلَّقُ برَقَبَتِه أو ذِمَّةِ سَيِّدِه ؟ على رِوَايَتَيْنِ) لا يَصِحُّ الضَّمانُ مِن مَجْنُونٍ ولا مُبَرْسَمٍ ولا صَبِىٍّ غيرِ مُمَيِّزٍ ، بغير خِلافٍ ؛ لأَنَّه إيجابُ مالٍ ، فلم يَصِحَّ منهم ، كالنَّذْرِ والإِقْرارِ . ولا

الإنصاف

كالقِنِّ . وقيل : يصِحُّ بإذْنِ سيِّدِه ، ولا يصِحُّ بغيرِ إذْنِه . ولعَلَّه المذهبُ . وجزَم به فى « الكافِى » . وقدَّم فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، عَدمَ الصِّحَّةِ ، إذا كان بغيرِ إذْنِ سيِّدِه . وأطْلَقُوا الوَجْهَيْن ، إذا كان بإذْنِه .

قوله : ولا يصِحُّ إلَّا مِن جائزِ التَّصَرُّفِ ، ولا يصِحُّ مِن مَجْنُونٍ ، ولا صَبِىٍّ ، ولا سَفِيهٍ . أمَّا المَجْنونُ ، فلا يصِحُّ ضَمانُه ، قوْلًا واحِدًا . وكذا الصَّبِىُّ غيرُ المُمَيِّزِ ، وكذا المُمَيِّزُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وقدَّمه فى « الكافِى » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهما . وصحَّحه فى « الفائقِ » وغيرِه . (١)وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه(١) . وعنه ، يصِحُّ ضَمانُه . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : خرَّج أصحابُنا صِحَّةَ ضَمانِه على الرِّوايتَيْن فى صِحَّةِ إقْرارِه . ويأْتِى حُكْمُ

(١ – ١) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

يَصِحُّ مِن السَّفِيهِ المَحْجُورِ عليه . وهو قولُ الشافعىِّ . وقال القاضى : يَصِحُّ ، ويُتْبَعُ به بعدَ فَكِّ الحَجْرِ عنه ؛ لأنَّ مِن أصْلِنا أنَّ إقْرارَه صَحِيحٌ ، يُتْبَعُ به بعدَ فَكِّ الحَجْرِ عنه ، كذلك ضَمانُه . والأوَّلُ أوْلَى ؛ لأنَّه إيجابُ مالٍ بعَقْدٍ ، فلم يَصِحَّ منه ، كالبَيْعِ والشِّراءِ . فأما الإِقْرارُ ، فلنا فيه مَنْعٌ . وإن سُلِّمَ ، فالفَرْقُ بينَهما أنَّ الإِقْرارَ إخبارٌ بحَقٍّ سابِقٍ . وأمّا الصَّبِىُّ المُمَيِّزُ ، فلا يَصِحُّ ضَمانُه . وهو قولُ الشافعىِّ . وخَرَّجَ أصحابُنا صِحَّتَه على الرِّوايَتَيْن فى صِحَّةِ إقْرارِه وتَصَرُّفِه بإذْنِ وَلِيِّه . ولا يَصِحُّ هذا الجَمْعُ ؛ لأن هذا الْتِزامُ (1)مالٍ لا(1) فائِدَةَ له فيه ، فلم يَصِحَّ ، كالتَّبَرُّعِ والنَّذْرِ ، بخِلافِ البَيْعِ . وإنِ اخْتَلَفا فى وَقْتِ الضَّمانِ بعدَ بُلُوغِه ، [٤/٦٦ظ] فقال الصَّبِىُّ : قبل بُلُوغِى . وقال المَضْمُونُ له : بعدَ البُلُوغِ . فقالَ القاضِى : قِياسُ قولِ أحمدَ ، أنَّ القولَ قولُ المَضْمُونِ له ؛ لأنَّ معه سَلامَةَ العَقْدِ ، فأشْبَهَ ما لو اخْتَلَفَا فى شَرْطٍ فاسِدٍ . ويَحْتَمِلُ أنَّ القولَ قولُ الضّامِنِ ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ البُلُوغِ وعَدَمُ وُجُوبِ الحَقِّ عليه . وهذا قولُ الشافعىِّ . ولا يُشْبِهُ هذا ما إذا اخْتَلَفَا فى شَرْطٍ فاسدٍ ؛ لأنَّ المُخْتَلِفَيْنِ ثَمَّ مُتَّفِقان على أهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ ، والظّاهِرُ أنَّهما لا يَتَصَرَّفان إلَّا تَصَرُّفًا صَحِيحًا ، فكانَ

الإنصاف

إقْرارِه فى بابِه . وقال ابنُ رَزِينٍ : وقيل : يصِحُّ ، بِناءً على تصَرُّفاتِه . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الهادِى » [٢/١٢١ظ] ، و « التَّلْخِيصِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ،

(1 - 1) فى ر1 : « مالا » .

الشرح الكبير

قولُ مُدَّعِي[1] الصِّحَّةِ هو الظَّاهِرَ ، وهـٰهُنا اخْتَلَفا فى أَهْلِيَّةِ التَّصرُّفِ ، وليس مع مَن يَدَّعِى الأَهْلِيَّةَ ظاهِرٌ يَسْتَنِدُ إليه ، [2]ولا أصْلٌ يَرْجِعُ إليه[2] ، فلم تَرْجَحْ دَعْواه . والحُكْمُ فى مَن عُرِفَ له حالُ جُنُونٍ ، كالحُكْمِ فى الصَّبِىِّ ، وإن لم يُعْرَفْ له حالُ جُنُونٍ ، فالقولُ قولُ المَضْمُونِ له ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُه . وأمّا المَحْجُورُ عليه لفَلَسٍ ، فيَصِحُّ ضَمانُه ، ويُتْبَعُ به بعدَ فَكِّ الحَجْرِ عنه ؛ لأنَّه مِن أهْلِ التَّصَرُّفِ ، والحَجْرُ عليه فى مالِه ، لا فى ذِمَّتِه ، فهو كتَصَرُّفِ الرّاهِنِ فيما عدا الرَّهْنَ . فأمّا العَبْدُ ، فلا يَصِحُّ ضَمانُه بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه ، سَواءٌ كان مَأْذُونًا له فى التِّجارَةِ أو لا . وبهذا قال ابنُ أبى لَيْلَى ، والثَّوْرِىُّ[3] ، وأبو حنيفةَ . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ ، ويُتْبَعَ به بعدَ العِتْقِ . وهو أحَدُ الوَجْهَيْن لأصحابِ الشافعىِّ ؛ لأنَّه مِن أهْلِ التَّصَرُّفِ ، فصَحَّ تَصَرُّفُه بما لا ضَرَرَ فيه على السَّيِّدِ ، كالإِقْرارِ بالإِتْلافِ . ولنا ، أنَّه عَقْدٌ تَضَمَّنَ إيجابَ مالٍ ، فلم يَصِحَّ بغيرِ إذْنِ السَّيِّدِ ، كالنِّكاحِ . وقال أبو ثَوْرٍ : إن كان مِن جِهَةِ التِّجارَةِ ، جاز ، وإلَّا لم يَجُزْ . فإن ضَمِن

الإنصاف

و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم . وقال فى « الكافِى » : وخرَّج بعضُ أصحابِنا صِحَّةَ ضَمانِ الصَّبِىِّ بإذْنِ وَلِيِّه ، [4]على الرِّوايتَيْن فى صِحَّةِ بَيْعِه . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وقيل : يَصِحُّ بإذْنِ وَلِيِّه[4] . فعلى المذهبِ ، لو ضَمِنَ ، وقال : كان قبلَ بُلُوغِى . وقال خَصْمُه : بل بعدَه . فقال القاضى : قِياسُ قَوْلِ أحمدَ أنَّ القَوْلَ

(1) فى الأصل : « من يدعى » .
(2 - 2) سقط من : م .
(3) فى الأصل : « أبو ثور » .
(4 - 4) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

بإذْنِ سَيِّدِه ، صَحَّ ؛ لأن سَيِّدَه لو أَذِنَ له[1] فى التَّصرُّفِ ، صَحَّ . قال القاضى : وقِياسُ المَذْهَبِ تَعلُّقُ المالِ برقَبَتِه ؛ لأنَّه دَيْنٌ لَزِمَه بفِعْلِه ، فتَعلَّقَ برَقَبَتِه ، كأَرْشِ جنايَتِه . وقال ابنُ عَقِيلٍ : ظاهِرُ المَذْهَبِ وقِياسُه أنَّه يَتَعَلَّقُ بذِمَّةِ السَّيِّدِ . وقد ذَكَر شَيْخُنا هنا رِوايَتَيْنِ ، وكذلك ذَكَرَه أبو الخَطَّابِ ، كاسْتِدانَتِه بإذْنِ سَيِّدِه . وسَنَذْكُرُ ذلك إن شاء اللهُ تعالى . فإن أذِنَ له سَيِّدُه فى الضَّمانِ ؛ لِيَكُونَ القَضاءُ مِن المالِ الذى فى يَدِه ، صَحَّ ، ويَكُونُ ما فى ذِمَّتِه مُتَعَلِّقًا بالمالِ الذى فى يَدِ العَبْدِ ، كتَعَلُّقِ حَقِّ الجنايَةِ برَقَبَةِ الجانِى ، كما لو قال الحُرُّ : ضَمِنْتُ لك هذا الدَّيْنَ على أن تَأْخُذَ مِن مالِى هذا . صَحَّ .

الإنصاف

قَوْلُ المَضْمُونِ له . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وقيل : القَوْلُ قَوْلُ الضَّامِنِ . وهى شَبِيهَةٌ بما إذا باعَ ، ثم ادَّعَى الصِّغَرَ بعدَ بُلُوغِه ، على ما تقدَّم فى الخِيارِ ، عندَ قَوْلِه : وإنِ اخْتلَفا فى أجَلٍ أو شَرْطٍ ، فالقَوْلُ قَوْلُ مَن يَنْفِيه . والمذهبُ هناك ، لا يُقْبَلُ قَوْلُه ، فكذا هنا . وأطْلَقَهما فى « الرِّعايَتَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « الحاوِيَيْن » . وأمَّا السَّفِيهُ المَحْجورُ عليه ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه لا يصِحُّ ضَمانُه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، وغيرِهما . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الكافِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . قال الشَّارِحُ : هذا أوْلَى . وقيل : يصِحُّ . وهو احْتِمالٌ للقاضى ، وأبى الخَطَّابِ ، قالَه[2] فى

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى الأصل ، ط : « قال » .

الشرح الكبير

فصل : ولا يَصِحُّ ضَمانُ المُكاتَبِ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه ، كالقِنِّ ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ بالْتِزامِ مالٍ ، أشْبَهَ[1] نَذْرَ الصَّدَقَةِ بمالٍ مُعَيَّنٍ . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ ويُتْبَعَ به بعدَ عِتْقِه ، كقَوْلِنا فى العَبْدِ . [٦٧/٤و] وإن ضَمِن بإذْنِه ، ففيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، لا يَصِحُّ أيضًا ؛ لأنَّه رُبَّما أدَّى إلى تَفْوِيتِ الحُرِّيَّةِ .

الإنصاف

« المُسْتَوْعِبِ » ، وهو وَجْهٌ فى « المُذْهَبِ » . قال فى « الكافِى » : وقال القاضى : يصِحُّ ضَمانُ السَّفِيهِ ، ويُتْبَعُ به بعدَ فَكِّ الحَجْرِ عنه . قال : وهو بعيدٌ . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » .

قوله : ولا مِن عَبْدٍ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه – هذا المذهبُ ، بلا رَيْبٍ ، نصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ – ويحْتَمِلُ أنْ يصِحَّ ويُتْبَعَ به بعدَ العِتْقِ . وهو لأبى الخَطَّابِ ، وهو رِوايَةٌ عن أحمدَ ، فيُطالبُه به بعدَ عِتْقِه . قال فى « التَّلْخيصِ » : والمَنْصوصُ ، يصِحُّ . بعدَ أنْ أطْلَقَ وَجْهَيْن . قال فى « القَواعِدِ الأُصُولِيَّةِ » : الصِّحَّةُ أظْهَرُ .

قوله : وإنْ ضَمِنَ بإذْنِ سَيِّدِه ، صَحَّ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، وقطَع به أكثرُهم . وحكَى ابنُ رَزِينٍ فى « نِهايَتِه » وَجْهًا بعدَمِ الصِّحَّةِ .

قوله : وهل يَتَعلَّقُ برَقَبَتِه أو ذِمَّةِ سيِّدِه ؟ على رِوايتَيْن . وقيل : وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « الكافِى » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المَذْهَبِ الأحْمَدِ » ؛ إحْداهما ، يتَعلَّقُ بذِمَّةِ سيِّدِه . وهو المذهبُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، ذكَرَه فى آخِرِ الحَجْرِ . قال ابنُ عَقِيلٍ : ظاهِرُ المذهبِ وقِياسُه ، أنْ يتَعلَّقَ بذِمَّةِ سيِّدِه . والرِّوايَةُ الثَّانيَةُ ، يتَعلَّقُ برَقَبَتِه . قال

---

(١) بعده فى الأصل : « ما لو » .

الشرح الكبير

والثّانِى ، يَصِحُّ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما ، لا يَخْرُجُ عنهما . فأمّا المَرِيضُ ، فإن كان مَرَضُه غيرَ مَخُوفٍ ، أو لم يَتَّصِلْ به المَوْتُ ، فهو كالصَّحِيحِ ، وإن كان مَرَضَ المَوْتِ المَخُوفَ ، فحُكْمُ ضَمانِه حُكْمُ تبَرُّعِه ، يُحْسَبُ مِن ثُلُثِه ؛ لأنَّه تبَرُّعٌ بالْتِزامِ مالٍ لا يَلْزَمُه ، ولم يَأْخُذْ عنه عِوَضًا ، أشْبَهَ الهِبَةَ . وإذا فُهِمَتْ إشارَةُ الأَخْرَسِ ، صَحَّ ضَمانُه ؛ لأنَّه يَصِحُّ بَيْعُه وإقْرارُه وتَبَرُّعُه ، أشْبَهَ النّاطِقَ[1] ، ولا يَثْبُتُ الضَّمانُ بكِتابَتِه مُنْفَرِدَةً عن إشارَةٍ يُفْهَمُ بها أنَّه قَصَد الضَّمانَ ؛ لأنَّه قد يَكْتُبُ عَبَثًا أو تَجْرِبَةَ قَلَمٍ[2] ، فلم[3] يَثْبُتِ الضَّمانُ به مع الاحْتِمالِ . ومَن لا تُفْهَمُ إشارَتُه ، لا يَصِحُّ ضَمانُه ؛ لأنَّه لا يَدْرِى بضَمانِه ، وكذلك سائِرُ تَصَرُّفاتِه .

الإنصاف

القاضى : قِياسُ المذهبِ ، أنَّ المالَ يتعلَّقُ برَقَبَتِه . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : مَنْشَؤُهما أنَّ دُيونَ المَأْذُونِ له فى التِّجارَةِ ؛ هل تتعَلَّقُ برَقَبَتِه ، أو بذِمَّةِ سيِّدِه ؟ . وقال المُصَنِّفُ ، والشّارِحُ ، وغيرُهما : والصَّحيحُ هناك التَّعلُّقُ بذِمَّةِ سيِّدِه . وقال ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » : ويَتَعَلَّقُ برَقَبَتِه . وقيل : بذِمَّةِ سيِّدِه . وقيل : فيه رِوايَتان ، كاسْتِدانَتِه . ويأْتِى ذلك فى آخِرِ الحَجْرِ . واخْتِيرَ فى « الرِّعايَةِ » ، أنْ يكونَ فى كَسْبِه ، فإنْ عَدِمَ ، ففى رَقَبَتِه .

فائدة : يصِحُّ ضَمانُ الأَخْرَسِ ، إذا فُهِمَتْ إشارَتُه ، وإلَّا فلا .

(١) فى م : « الباطن » .
(٢) زيادة من : م .
(٣) سقط من : الأصل .

المقنع

وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِرِضَا الضَّامِنِ ، وَلَا يُعْتَبَرُ رِضَا الْمَضْمُونِ لَهُ ، وَلَا الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، وَلَا مَعْرِفَةُ الضَّامِنِ لَهُمَا ، ....

الشرح الكبير

١٨٢٩ – مسألة : (ولا يَصِحُّ إِلَّا بِرِضَا الضّامِنِ ، ولا يُعْتَبَرُ رِضَا المَضْمُونِ له ، ولا المَضْمُونِ عنه ، ولا مَعْرِفَةُ الضّامِنِ لهما) لا يَصِحُّ الضَّمانُ إِلَّا بِرِضا الضّامِنِ ، فإن أُكْرِهَ عليه ، لم يَصِحَّ ؛ لأنه الْتِزامُ مالٍ ، فلم يَصِحَّ بغيرِ رِضا المُلْتَزِمِ ، كالنَّذْرِ . ولا يُعْتَبَرُ رِضا المَضْمُونِ له . وقال أبو حنيفةَ ، ومحمدٌ : يُعْتَبَرُ ؛ لأَنَّه إثْباتُ مالٍ لآدَمِيٍّ ، فلم يَثْبُتْ إِلَّا بِرِضاه ، أو رِضا مَن يَنُوبُ عنه ، كالبَيْعِ والشِّراءِ . وعن أصحابِ الشافعيِّ كالمَذْهَبَيْن . ولَنا ، أَنَّ أبا قَتادَةَ ضَمِن مِن غيرِ رِضا المَضْمُونِ له ولا المَضْمُونِ عنه ، فأجازَه النبيُّ ﷺ ، ولأَنَّها وَثِيقَةٌ لا يُعْتَبَرُ فيها قَبْضٌ ، فأشْبَهَتِ الشَّهادَةَ ، ولأَنَّه ضَمانُ دَيْنٍ ، فأَشْبَهَ ضَمانَ بَعْضِ الوَرَثَةِ دَيْنَ المَيِّتِ للغائِبِ ، وقد سَلَّمُوه . ولا يُعْتَبَرُ رِضا المَضْمُونِ عنه . لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لأَنَّه لو قَضَى الدَّيْنَ عنه بغيرِ إذْنِه ورِضاه ، صَحَّ ، فكذلك إذا ضَمِن عنه ، وقد دَلَّ عليه حَدِيثُ أبي قَتادَةَ . ولا يُعْتَبَرُ أن يَعْرِفَهما الضّامِنُ . وقال القاضِي : يُعْتَبَرُ مَعْرِفَتُهما ، لِيَعْلَمَ هل المَضْمُونُ عنه[1]

الإنصاف

قوله : ولا يُعتَبَرُ مَعْرِفَةُ الضَّامِنِ لهما . هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به في « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه في « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « المُحَـرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ،

(١) زيادة من : م .

المقنع

وَلَا كَوْنُ الْحَقِّ مَعْلُومًا وَلَا وَاجِبًا إِذَا كَانَ مَآلُهُ إِلَى الْوُجُوبِ ، فَلَوْ قَالَ : ضَمِنْتُ لَكَ مَا عَلَى فُلَانٍ . أَوْ : مَا تُدَايِنُهُ بِهِ . صَحَّ .

الشرح الكبير

أهلٌ لِاصْطِناعِ المَعْرُوفِ إليه أو لا ؟ ولِيَعْرِفَ المَضْمُونَ له ، فيُؤَدِّيَ إليه . وذَكَر وَجْهًا آخَرَ ، أنَّه يُعْتَبَرُ مَعْرِفَةُ المَضْمُونِ له ؛ لذلك ، ولا يُعْتَبَرُ[1] مَعْرِفَةُ المَضْمُونِ عنه ؛ لأنَّه لا مُعامَلَةَ بينَه وبينَه . ولأصحابِ الشافعيِّ ثَلاثَةُ أَوْجُهٍ نحوُ هذا . ولَنا ، حَدِيثُ عَلِيٍّ ، وأبي قَتادَةَ[2] ، فإنَّهما ضَمِنا لمَن لم يَعْرِفا وعَمَّن لم يَعْرِفا . ولأنَّه تَبَرُّعٌ بالْتِزامِ مالٍ ، فلم يُعْتَبَرْ مَعْرِفَةُ مَن يَتَبَرَّعُ له به ، كالنَّذْرِ .

١٨٣٠ – مسألة : (ولا) يُعْتَبرُ (كَوْنُ الحَقِّ مَعْلُومًا ولا واجِبًا إذا كان مَآلُه إلى الوُجُوبِ ، فلو قال : ضَمِنْتُ لك ما على فُلانٍ . أو : ما تُدايِنُه به . صَحَّ) يَصِحُّ ضَمانُ المَجْهُولِ ، فمتى قال : أنا [٦٧/٤ظ] ضامِنٌ لك ما على فُلانٍ . أو : ما تَقُومُ به البَيِّنَةُ . أو : ما يُقِرُّ به لك . أو : ما يَخْرُجُ

الإنصاف

و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وصحَّحه النَّاظِمُ وغيرُه . وقال القاضى : يُعْتَبَرُ مَعْرِفَتُهما . واخْتارَه ابنُ البَنَّا . وذكَر القاضى وَجْهًا آخَرَ ؛ يُعْتَبَرُ مَعْرِفَةُ المَضْمُونِ له ، دُونَ مَعْرِفَةِ المَضْمُونِ عنه .

قوله : ولا كَوْنُ الحَقِّ معْلومًا – يعْنِى ، إذا كان مآلُه إلى العِلْمِ – ولا واجِبًا إذا كان مآلُه إلى الوُجوبِ ، فلو قالَ : ضَمِنْتُ لك ما على فُلانٍ . أو ما تُدايِنُه به ، صحَّ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وفى « المُغْنِى » ، احْتِمالٌ أنَّه لا يصِحُّ

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) تقدم تخريجهما فى صفحة ٩ .

الشرح الكبير

فى رُوزمانَجك[1] . صَحَّ الضَّمانُ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ . وقال الثَّوْرِىُّ ، واللَّيْثُ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، والشافعىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه الْتِزامُ مالٍ ، فلم يَصِحَّ مَجْهُولًا ، كالثَّمَنِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى :

الإنصاف

ضَمانُ ما سيجِبُ . فعلى المذهبِ ، يجوزُ له إبْطالُ الضَّمانِ قبلَ وُجوبِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفُروعِ » : له إبْطالُه قبلَ وجُوبِه فى الأصحِّ . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » وغيرِه . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » وغيرُه . وقيل : ليس له إبْطالُه .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لا يصِحُّ ضَمانُ بعضِ الدَّيْنِ مُبْهَمًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، وغيرِهما . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » . وقال أبو الخَطَّابِ : يصِحُّ ، ويُفَسِّرُه . وقال فى « عُيونِ المَسائلِ » : لا تُعْرَفُ الرِّوايَةُ عن إمامِنا ، فيُمْنَعُ . وقد سلَّمه بعضُ الأصحابِ ؛ لجَهالَتِه حالًا ومآلًا . ولو ضَمِنَ أحدَ هذَيْن الدَّيْنَيْن ، لم يصِحَّ ، قوْلًا واحدًا . واخْتارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ صِحَّةَ ضَمانِ الحارِسِ ونحوِه، [٢/١٢٢و] وتُجَّارِ الحَرْبِ ما يذْهَبُ مِنَ البَلَدِ أو مِنَ البَحْرِ، وأنَّ غايتَه ضَمانُ ما لم يجِبْ. وضَمانُ المَجْهُولِ كضَمانِ السُّوقِ، وهو أنْ يضْمَنَ ما يجبُ على التُّجَّارِ للنَّاسِ مِنَ الدُّيونِ ، وهو جائزٌ عندَ أكثرِ العُلَماءِ ، كمالِكٍ ، وأبى حَنِيفَةَ ، وأحمدَ . الثَّانيةُ ، لو قال : ما أعْطَيْتَ فُلانًا ، فهو علَىَّ . فهل يكونُ ضامنًا لما يُعْطِيه فى المُسْتَقْبَلِ ، أو لما أعْطاه فى الماضِى ، ما لم تَصْرِفْه قَرِينَةٌ

(١) كذا فى النسخ : « روزمانجك »
والروزنامة : كتيب يتضمن معرفة الأيام والشهور على مدار السنة .

الشرح الكبير

﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾[1] . وحِمْلُ البَعِيرِ غيرُ مَعْلُومٍ ؛ لأنَّ حِمْلَ البَعِيرِ مُخْتَلِفٌ باخْتِلافِه . وعُمُومُ قَوْلِه عليه السلامُ : « الزَّعِيمُ غَارِمٌ »[2] . ولأنَّه الْتِزامُ حَقٍّ فى الذِّمَّةِ مِن غيرِ مُعاوَضَةٍ ، فَصَحَّ فى المَجْهُولِ ، كالنَّذْرِ والإِقْرارِ ، ولأنَّه يَصِحُّ تَعْلِيقُه بغَرَرٍ وخَطَرٍ ، وهو ضَمانُ العُهْدَةِ . وإذا قال : أَلْقِ مَتاعَكَ فى البَحْرِ وعلَىَّ ضَمانُه . أو قال : ادْفَعْ ثِيابَكَ إلى هذا الرَّفَّاءِ وعلَىَّ ضَمانُها . فَصَحَّ فى المَجْهُولِ ، كالعِتْقِ والطَّلَاقِ .

فصل : ويَصِحُّ ضَمانُ ما لم يَجِبْ ، فلو قال : ما أَعْطَيْتَ فلانًا فهو علَىَّ . صَحَّ . والخِلافُ فى هذه المَسْأَلَةِ كالتى قبلَها ، ودَلِيلُ القَوْلَيْن ما ذَكَرْنا . وقد قالوا[3] فى هذه المَسْأَلَةِ : الضَّمانُ ضَمُّ ذِمَّةٍ إلى ذِمَّةٍ فى الْتِزامِ الدَّيْنِ ، فإذا لم يَكُنْ على المَضْمُونِ عنه شئٌ ، لم يُوجَدْ ضَمٌّ ، فلا يَكُونُ ضامِنًا . قُلْنا : قد ضَمَّ ذِمَّتَه إلى ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه فى أنَّه يَلْزَمُه ما يَلْزَمُه ، وأنَّ ما يَثْبُتُ (٤فى ذِمَّةِ٤) مَضْمُونِه يَثْبُتُ فى ذِمَّتِه . وهذا كافٍ .

الإنصاف

عن أَحَدِهما ؟ فيه وَجْهان ، ذكَرَهُما فى « الإِرْشادِ » . وأَطْلَقَهما فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ؛ أحدُهما ، يكونُ للماضِى . قال الزَّرْكَشِىُّ : يحْتَمِلُ أنْ يكونَ ذلك مُرادَ الخِرَقِىِّ ، ويُرَجِّحُه إعْمالُ الحَقِيقَةِ .

---

(١) سورة يوسف ٧٢ .
(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٦ .
(٣) فى م : « قال » .
(٤ - ٤) سقط من : م .

المقنع

وَيَصِحُّ ضَمَانُ دَيْنِ الضَّامِنِ ، ....

الشرح الكبير

وقد سَلَّمُوا ضَمانَ ما يُلْقِيه فى البَحْرِ قبلَ وُجُوبِه بقَوْلِه : أَلْقِ مَتاعَكَ فى البَحْرِ وعلىَّ ضَمانُه . وسَلَّمَ أصحابُ الشافعيِّ فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ضَمانَ الجُعْلِ فى الجَعالَةِ قبلَ العَمَلِ ، وما وَجَبَ شيءٌ بعدُ .

١٨٣١ – مسألة : (ويَصِحُّ ضَمانُ دَيْنِ الضّامِنِ) نحوَ أن يَضْمَنَ الضّامِنَ ضامِنٌ آخَرُ ؛ لأنَّه دَيْنٌ لازِمٌ فى ذِمَّتِه ، فصَحَّ ضَمانُه ، كسائِرِ

الإنصاف

وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » . والوَجْهُ الثَّانِى ، يكونُ للمُسْتَقْبَلِ . (١وصحَّحه شارحُ « المُحَرَّرِ »١) . وحمَل المُصَنِّفُ كلامَ الخِرَقِيِّ عليه ، فيكونُ اخْتِيارَ الخِرَقِيِّ . قال فى « الفُروعِ » : وما أَعْطَيْتَ فُلانًا ، علَىَّ ، ونحوُه ، ولا قَرِينَةَ ، قُبِلَ منه . وقيل : للواجِبِ . انتهى . وقد ذكَر النُّحاةُ الوَجْهَيْن . وقد ورَد للماضِى ، فى قوْلِه تعالَى : ﴿ ٱلَّذِينَ قَالَ لَهُمُ ٱلنَّاسُ ﴾[٢] . وورَد للمُسْتَقْبَلِ فى قوْلِه تعالَى : ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ ﴾[٣] . قالَه الزَّرْكَشِىُّ . قلتُ : قد يتَوَجَّهُ أنَّه للماضِى والمُسْتَقْبَلِ ، (١فيُقْبَلُ تفْسِيرُه بأحَدِهما . وهو ظاهِرُ ماقدَّمه فى « الفُروعِ »١) .

تنبيه : مُرادُه بقَوْلِه : ويصِحُّ ضَمانُ دَيْنِ الضَّامِنِ . أى الدَّيْنُ الذى ضَمِنَه الضَّامِنُ ، فيَثْبُتُ الحَقُّ فى ذِمَمِ الثَّلاثَةِ . وكذا يصِحُّ ضَمانُ الدَّيْنِ الذى[٤] كفَلَه الكَفِيلُ ، فيبْرَأُ الثَّانِى بإبْراءِ الأوَّلِ ، ولا عَكْسَ . وإنْ قضَى الدَّيْنَ الضَّامِنُ الأوَّلُ ،

(١ – ١) زيادة من : ا .
(٢) سورة : آل عمران ١٧٣ .
(٣) سورة : البقرة ١٦٠ .
(٤) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

الدُّيُونِ[1] . ويَثْبُتُ الحَقُّ فى ذِمَمِ الثَّلاثَةِ ، أَيُّهم قَضاه بَرِئَتْ ذِمَمُهم كلُّها ؛ لأنَّه حَقٌّ واحدٌ ، فإذا قُضِىَ مَرَّةً سَقَط ، فلم يَجِبْ مَرَّةً أُخْرَى . وإن أَبْرَأَ الغَرِيمُ المَضْمُونَ عنه ، بَرِئَ الضّامِنان ؛ لأَنَّهما فَرْعٌ ، وإن أَبْرَأَ الضّامِنَ الأَوَّلَ بَرِئَ الضّامِنان ؛ لذلك[2] ، ولم يَبْرَأ المَضْمُونُ عنه ؛ لِما تَقَدَّمَ ، وإن أَبْرَأَ الضّامِنَ الثّانِىَ ، بَرِئَ وَحْدَه . ومتى حَصَلَتْ بَراءَةُ الذِّمَّةِ بالإِبْراءِ ، فلا رُجُوعَ فيها ؛ لأَنَّ الرُّجُوعَ مع الغُرْمِ ، وليس فى الإِبْراءِ غُرْمٌ . والكَفالَةُ كالضَّمانِ فى هذا المَعْنَى[3] .

فصل : وإن ضَمِنَ المَضْمُونُ عنه الضّامِنَ ، أو تَكَفَّلَ المَكْفُولُ عنه الكَفِيلَ ، لم يَصِحَّ ؛ لأَنَّ الضَّمانَ يَقْتَضِى إلْزامَه الحَقَّ فى ذِمَّتِه ، والحَقُّ لازِمٌ له ، فلا يُتَصَوَّرُ إلْزامُه ثانِيًا ؛ ولأَنَّه أَصْلٌ فى الدَّيْنِ ، فلا يَجُوزُ أن يَصِيرَ فَرْعًا فيه . فإن ضَمِن عنه دَيْنًا آخَرَ ، أو تَكَفَّلَ به فى[4] حَقٍّ آخَرَ ، جاز ؛ لعَدَمِ ما ذَكَرْنا .

الإنصاف

رجَع على المَضْمُونِ عنه . وإنْ قَضاه الثّانِى ، رجَع على الضّامِنِ الأَوَّلِ ، ثُمَّ يَرْجِعُ الأَوَّلُ على المَضْمُونِ عنه ، إذا كان كلٌّ منهما أَذِنَ لصاحبِه ، وإنْ لم يَكُنْ أَذِنَ ، ففى الرُّجوعِ رِوايَتان . وأَطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » . قلتُ : المذهبُ الرُّجوعُ . على ما يأْتِى فيما إذا قضَى الضّامِنُ

---

(١) فى الأصل : « الذنوب » .
(٢) فى ق : « كذلك » .
(٣) سقط من : م .
(٤) سقط من : الأصل .

المقنع

وَدَيْنِ الْمَيِّتِ الْمُفْلِسِ وَغَيْرِهِ ، وَلَا تَبْرَأُ ذِمَّتُهُ قَبْلَ الْقَضَاءِ ، فِى أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

١٨٣٢ – مسألة : (و) يَصِحُّ ضَمانُ (دَيْنِ المَيِّتِ المُفْلِسِ وغيرِه ، ولا تَبْرَأُ ذِمَّتُه قبلَ القَضاءِ ، [٦٨/٤و] فى أصَحِّ الرِّوايَتَيْنِ) يَصِحُّ الضَّمانُ عن كُلِّ غَرِيمٍ وَجَبَ(١) عليه حَقٌّ ، حَيًّا كان أو مَيِّتًا ، مَلِيئًا أو مُفْلِسًا . وبه قال أكْثَرُ العُلَماءِ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَصِحُّ ضَمانُ دَيْنِ المَيِّتِ ، إلَّا أن يُخَلِّفَ وَفاءً ، فإن خَلَّفَ بعضَ الوَفاءِ ، صَحَّ ضَمانُه بقَدْرِ ما خَلَّفَ ؛ لأنَّه دَيْنٌ ساقِطٌ ، فلم يَصِحَّ ضَمانُه ، كما لو سَقَط بالإِبْراءِ ، ولأنَّ ذِمَّتَه قد خَرِبَتْ خَرابًا لا تَعْمُرُ بعدَه ، فلم يَبْقَ فيها دَيْنٌ ، والضَّمانُ ضَمُّ ذِمَّةٍ إلى ذِمَّةٍ . ولَنا ، حَدِيثُ أبى قَتادَةَ (٢وعلىٍّ٢) ، فإنَّهما ضَمِنا دَيْنَ مَيِّتٍ لم يُخَلِّفْ وَفاءً ، وقد حَضَّهُم النبىُّ ﷺ على ضَمانِه فى حَدِيثِ أبى

الإنصاف

الدَّيْنَ . وقال فى « الرِّعايَةِ » ، فى هذه المَسْأَلَةِ : ولم يَرْجِعِ الأوَّلُ على أحَدٍ ، على الأظْهَرِ . ويأْتِى بعضُ مَسائلَ تتَعلَّقُ بالضَّامِنِ ، إذا تعَدَّدَ ، وغيرِه فى الكَفالَةِ ، فلْيُعْلَمْ .

قوله : ويصِحُّ ضَمانُ دَيْنِ المَيِّتِ المُفْلِسِ وغيرِه . أى وغيرِ المُفْلِسِ . يصِحُّ ضَمانُ دَيْنِ المَيِّتِ المُفْلِسِ ، بلا نِزاعٍ . ويصِحُّ ضَمانُ دَيْنِ المَيِّتِ غيرِ المُفْلِسِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، لا يصِحُّ .

قوله : ولا تبْرَأُ ذِمَّتُه قبلَ القَضاءِ ، فى أصَحِّ الرِّوايَتَيْن . وكذا قال فى « الهِدايَةِ » ،

---

(١) فى الأصل : « ثبت » .
(٢ – ٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

قَتادَةَ بِقَوْلِه : « أَلا قامَ أحدُكُمْ فَضَمِنَه »[1] . وهذا صَرِيحٌ فى المَسْأَلَةِ ، ولأنَّه دَيْنٌ ثابِتٌ ، فصَحَّ ضَمانُهُ ، كما لو خَلَّفَ وَفاءً . ودَلِيلُ ثُبُوتِه ، أنَّه لو تَبرَّعَ رَجُلٌ بقَضاءِ دَيْنِه ، جاز لصاحِبِ الدَّين[2] اقْتِضاؤُه ، ولو ضَمِنه حَيًّا ثم مات ، لم [3]تَبْرَأْ ذِمَّةُ[3] الضامِنِ ، ولو بَرِئَتْ ذِمَّةُ المَضْمُونِ عنه ، بَرِئَتْ ذِمّةُ الضامِنِ ، وفى هذا انْفِصالٌ عما ذَكَرُوه . إذا ثَبَت صِحّةُ ضَمانِ دَيْنِ المَيِّتِ ، فإنَّ ذِمَّتَه لا تَبْرَأُ من الدَّيْنِ قبلَ القَضاءِ ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ ؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ : « نَفْسُ المُؤْمِنِ مُعَلَّقَةٌ بدَيْنِهِ حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ »[4] . ولأنَّ النبىَّ ﷺ سَأَل أبا قَتادَةَ عن الدِّينارَيْنِ الَّذَيْنِ ضَمِنَهُما ، فقال : قد قَضَيْتُهُما[5] ، فقال : « الْآنَ بَرَّدْتَ جِلْدَتَهُ » . رَواه الإمامُ أحمدُ . ولأنَّه وَثِيقةٌ بدَيْنٍ ، فلم يَسْقُطْ قبلَ القَضاءِ ، كالرَّهْنِ ، وكالشَّهادَةِ . والثَّانِيَةُ : تَبْرَأُ بِمُجَرَّدِ الضَّمانِ . نَصَّ عليه أحمدُ فى رِوايةِ يُوسُفَ بنِ موسى ؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ فى حَدِيثِ أبى قَتادَةَ : « وَبَرِئَ الْمَيِّتُ مِنْهُما ؟ » . قال : نعم . وقد ذَكَرْنا ذلك [6]فى أوَّلِ البابِ[6] .

الإنصاف

و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » وغيرِه . والرِّوايَةُ الثَّانيَةُ ، يبْرَأُ بمُجَرَّدِ الضَّمانِ . نصَّ عليها ، وتقَدَّمَتْ .

---

(1) تقدم تخريجه فى ٢١/٦ .

(2) فى م : « الحق » .

(3 - 3) فى م : « يبدأ منه » .

(4) تقدم تخريجه فى ٢٠/٦ .

(5) فى الأصل : « قبضتهما » .

(6 - 6) زيادة من : الأصل .

المقنع

وَيَصِحُّ ضَمَانُ عُهْدَةِ الْمَبِيعِ عَنِ الْبَائِعِ لِلْمُشْتَرِى ، وَعَنِ الْمُشْتَرِى لِلْبَائِعِ .

الشرح الكبير

فصل : ويَصِحُّ الضَّمانُ فى جميعِ الحُقُوقِ الماليَّةِ الواجِبَةِ ، والتى تَئُولُ إلى الوُجُوبِ ، كثَمَنِ المَبِيعِ فى مُدَّةِ الخِيارِ وبعدَه ، والأُجْرَةِ ، والمَهْرِ قبلَ الدُّخولِ وبعدَه ؛ لأنَّ هذه الحُقُوقَ لازِمَةٌ ، وجَوازُ سُقُوطِها لا يَمْنَعُ صِحّةَ ضَمانِها ، كالثَّمنِ فى المَبِيعِ بعدَ انْقِضاءِ الخِيارِ ، يجُوزُ أن يَسْقُطَ بالرَّدِّ بالعَيْبِ وبالمُقايَلةِ . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ .

١٨٣٣ - مسألة : (ويَصِحُّ ضَمانُ عُهْدَةِ المَبِيعِ عن البائِعِ للْمُشْتَرِى ، وعن المُشْتَرِى للبائِعِ) فَضَمانُه عن[1] المُشْتَرِى ، هو أن يَضْمَنَ الثَّمَنَ الواجِبَ بالبَيْعِ قبلَ تَسْلِيمِه ، [2]أو إن[2] ظَهَر فيه عَيْبٌ أو اسْتُحِقَّ ، رَجَع بذلك على الضّامِنِ ، وضَمانُه عن البائِعِ للمُشْتَرِى ، هو أن يَضْمَنَ عن البائِعِ الثَّمَنَ متى خَرَج المَبِيعُ مُسْتَحَقًّا ، أو رُدَّ بعَيْبٍ ، أو

الإنصاف

قوله : ويصِحُّ ضَمانُ عُهْدَةِ المَبِيعِ عنِ البائعِ للمُشْتَرِى ، وعنِ المُشْتَرِى للبائعِ . بلا نِزاعٍ فى الجُمْلَةِ . وحكَى النَّاظِمُ وغيرُه ، فيه خِلافًا . فضَمانُه عنِ المُشْتَرِى للبائعِ ؛ أنْ يضْمَنَ الثَّمَنَ الواجِبَ قبلَ تَسْلِيمِه ، أو إنْ ظهَر به عَيْبٌ ، أوِ اسْتُحِقَّ . وضَمانُه عن البائعِ للمُشْتَرِى ؛ أنْ يَضْمَنَ عن البائعِ الثَّمَنَ متى خرَج المَبِيعُ مُسْتَحَقًّا ، أو رُدَّ بعَيْبٍ أو أرْشِ العَيْبِ . وضَمانُ العُهْدةِ فى المَوْضِعَيْن ، هو ضَمانُ الثَّمَنِ أو بعضِه عن أحَدِهما للآخَرِ . وأصْلُ العُهْدَةِ ؛ هو الكِتابُ الذى

---

(١) فى م : « على » .

(٢ - ٢) فى م : « وإن » .

الشرح الكبير

أَرْشَ العَيْبِ . فضَمانُ العُهْدةِ فى المَوْضِعَيْنِ هو ضَمانُ الثَّمَنِ أو جُزْءٍ منه عن أحَدِهما للآخرِ . والعُهْدَةُ ؛ الكِتَابُ الذى تُكْتَبُ فيه وَثِيقَةُ [٤/٦٨ظ] البَيْعِ ، ويُذْكَرُ فيه الثَّمَنُ ، فعُبِّرَ به عن الثَّمنِ الذى يَضْمَنُه . ومِمَّن أجازَ ضَمانَ العُهْدةِ فى الجُمْلَةِ ؛ أبو حنيفةَ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ . ومَنَع منه بعضُ [(1]أصْحابِ الشافعىِّ[1)] ؛ لكَوْنِه ضَمانَ ما لم يَجِبْ ، وضَمانَ مَجْهُولٍ ، وضَمانَ عَيْنٍ . وقد ثَبَت جَوازُ الضَّمانِ فى ذلك كُلِّه . ولأنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إلى الوَثِيقَةِ على البائعِ ، والوَثائِقُ ثَلاثَةٌ ؛ الشَّهادةُ ، والرَّهْنُ ، والضَّمانُ . فأمّا الشَّهادةُ فلا يُسْتَوْفَى منها الحَقُّ ، وأمّا الرَّهْنُ فلا يَجُوزُ فى ذلك بالإجْماعِ ؛ لأنَّه يُؤَدِّى إلى أن يَبْقَى أبدًا مَرْهُونًا ، فلم يَبْقَ إلَّا الضَّمانُ . ولأنَّه لا يَضْمَنُ إلَّا ما كان واجبًا حالَ العَقْدِ ؛ [(2]لأنَّه إنَّما يَتَعَلَّقُ بالضَّمانِ حُكْمٌ إذا خَرَج مُسْتَحَقًّا أو مَعِيبًا حالَ العَقدِ[2)] ، ومتى كان كذلك ، فقد ضَمِن ما وَجَب حينَ العَقْدِ ، والجَهالَةُ مُنْتَفِيةٌ[(3)] ؛ لأنه

الإنصاف

تُكْتَبُ فيه الوَثِيقَةُ للبَيْعِ ، ويُذْكَرُ فيه الثَّمَنُ . ثم عبَّر به عنِ الثَّمَنِ الذى يضْمَنُه . وألْفاظُ ضَمانِ العُهْدَةِ : ضَمِنْتُ عُهْدَتَه ، أو ثَمَنَه ، أو دَرَكَه . أو يقولُ للمُشْتَرِى : ضَمِنْتُ خَلاصَك منه . أو متى خرَج المَبِيعُ مُسْتَحَقًّا ، فقد ضَمِنْتُ لك الثَّمَنَ . وهذا المذهبُ فى ذلك كلِّه . وقال أبو بَكْرٍ فى « التَّنْبيهِ » ، و « الشَّافِى » : لا يصِحُّ ضَمانُ الدَّرَكِ . قال بعضُ الأصحابِ : أرادَ أبو بَكْرٍ ضَمانَ العُهْدَةِ . ورُدَّ . فقال القاضى : لا يخْتَلِفُ المذهبُ أنَّ ضَمانَ الدَّرَكِ لثَمَنِ المَبِيعِ يصِحُّ ، وإنَّما الذى

(١ - ١) فى م : « أصحابه » .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) فى الأصل : « متبقية » .

الشرح الكبير

ضَمِن الجُمْلَةَ ، فإذا خَرَج بعضُه مُسْتَحَقًّا ، لَزِمَه بعضُ ما ضَمِنَه . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه يَصِحُّ ضَمانُ العُهْدةِ عن البائعِ للمُشْتَرِى قبلَ قَبْضِ الثَّمَنِ وبعدَه . وقال الشافعيُّ : إنَّما يَصِحُّ بعدَ القَبْضِ ؛ لأنه قبلَ القَبْضِ لو خَرَج مُسْتَحَقًّا ، لم يَجِبْ على البائعِ شيءٌ . وهذا يَنْبَنِى على ضَمانِ ما لم يَجِبْ إذا كان مُفْضِيًا إلى الوُجُوبِ ، كالجَعالَةِ ، وسَنَذْكُرُها .

وألْفاظُ ضَمانِ العُهْدَةِ[1] قَوْلُه : ضَمِنْتُ عُهْدَتَه . أو : ثَمَنَه . أو : دَرَكَه . أو يَقُولُ للمُشْتَرِى : ضَمِنْتُ خَلاصَكَ منه . أو : متى خَرَج المَبِيعُ مُسْتَحَقًّا فقد ضَمِنْتُ لك الثَّمَنَ . وحُكِىَ عن أبى يُوسُفَ أنَّه إذا قال : ضَمِنْتُ[2] عُهْدَتَه . أو : ضَمِنْتُ لك العُهْدَةَ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ العُهْدَةَ الصَّكُّ بالابْتِياعِ ، كذا فَسَّرَه أهْلُ اللُّغةِ ، فلا يَصِحُّ ضَمانُه للمُشْتَرِى ؛ لأنَّه مِلْكُه . وليس بِصَحيحٍ ؛ لأنَّ العُهْدَةَ فى العُرْفِ عِبارَةٌ عن الدَّرَكِ

الإنصاف

لا يصِحُّ ، ضَمانُ الدَّرَكِ لعَيْنِ المَبِيعِ . وقد بيَّنَه أبو بَكْرٍ ، فقال : إنَّما ضَمِنَه يُريدُ الثَّمَنَ ، لا الخَلاصَ ؛ لأنَّه إذا باعَ ما لا يمْلِكُ ، فهو باطِلٌ ، أوْمَأَ إلى هذا أحمدُ .

فوائد ؛ الأُولَى ، لو بنَى المُشْتَرِى ، ونقَضَه المُسْتَحِقُّ ، فالأنْقاضُ للمُشْتَرِى ، ويرْجِعُ بقِيمَةِ التَّالِفِ على البائعِ ، وهل[3] يدْخُلُ فى ضَمانِ العُهْدةِ [4]فى حقِّ ضامِنِها ؟ على وَجْهَين . وأطْلَقَهما فى « التَّلْخيصِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ؛ أحدُهما ، يدْخُلُ فى ضَمانِ العُهْدَةِ[4] . قدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ،

---

(١) فى ق ، م : « عهدة المبيع » .

(٢) بعده فى الأصل : « لك » .

(٣) فى الأصل ، ط : « وهذا » .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل ، ط .

الشرح الكبير

وضمانِ الثَّمَنِ ، والمُطْلَقُ يُحمَلُ على الأسْماءِ العُرْفِيَّةِ ، كالرّاوِيَةِ ، تُحْمَلُ عندَ إطْلاقِها على المَزادةِ لا[1] على الجَمَلِ ، وإن كان هو[2] المَوْضُوعَ لُغَةً . فأمّا إن ضَمِن له خَلاصَ المَبِيعِ ، فقال أبو بكرٍ : هو باطِلٌ ؛ لأنَّه إذا خَرَج حُرًّا أو مُسْتَحَقًّا ، لم يَسْتَطِعْ تَخْلِيصَه ، ولا يَحِلُّ . وقد قال أحمدُ ، فى رَجُلٍ باع عَبْدًا أو أمَةً ، وضَمِن له الخَلاصَ ، فقال : كيف يَسْتَطِيعُ الخَلاصَ إذا خَرَج حُرًّا ؟ . فإن ضَمِن عُهْدَةَ المَبِيعِ وخَلاصَه ، بَطَل فى الخَلاصِ . وتَنْبَنِى صِحَّتُه فى العُهْدَةِ على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ .

إذا ثَبَت صِحَّةُ ضَمانِ العُهْدَةِ ، فالكَلامُ فيما يَلْزَمُ الضّامِنَ ، فنقولُ : اسْتِحقاقُ رُجُوعِ المُشْتَرِى بالثَّمَنِ ، إمَّا أن يكونَ بسَبَبٍ حادِثٍ بعدَ العَقْدِ ، أو مُقارِنٍ له ؛ فأما الحادِثُ فمثلُ تَلَفِ[3] المَكِيلِ والمَوْزُونِ فى يَدِ البائِعِ ، أو بغَصْبٍ مِن يَدِه ، أو يَتَقايَلان ، فإنَّ المُشْتَرِىَ يَرْجِعُ على البائِعِ دُونَ الضّامِنِ ؛ لأنَّ هذا لم يَكُنْ مَوْجُودًا حالَ العَقْدِ ، وإنَّما ضَمِن الاسْتِحقاقَ المَوْجُودَ حالَ العَقْدِ . ويَحْتَمِلُ أن يَرْجِعَ به على الضّامِنِ ؛ [٦٩/٤و] لأنَّ ضمانَ ما لم يَجِبْ جائِزٌ ، وهذا منه . وأمّا إن كان بسَبَبٍ مُقارِنٍ ، نَظَرْنا ؛ فإن كان بسَبَبٍ لا تَفْرِيطَ مِن البائِعِ فيه ، كأخْذِه

الإنصاف

و « الحاوِيَيْن » . والثّانِى ، لا يدْخُلُ . وهو ظاهِرُ كلامِه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ؛ فإنَّهما ماضَمَّناه ، إلَّا إذا ضَمِنَ ما يحْدُثُ فى المَبِيعِ مِن بِناءٍ ،

---

(١) سقط من : الأصل .
(٢) سقط من : الأصل ، ر ١ ، م .
(٣) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

بالشُّفْعَةِ ، فإنَّ المُشْتَرِىَ يَأْخُذُ الثَّمَنَ مِن الشَّفِيعِ ، ولا يَرْجِعُ على البائِعِ ولا الضّامِنِ . ومتى لم يَجِبْ على المَضْمُونِ عنه ، لم يَجِبْ على الضّامِنِ بطَرِيقِ الأوْلَى . فأمّا إن كان زَوالُ مِلْكِه عن المَبِيعِ بسَبَبٍ مُقارِنٍ ؛ لتَفْرِيطٍ مِن البائِعِ ، باسْتِحْقاقٍ ، أو حُرِّيَّةٍ ، أو رَدٍّ بعَيْبٍ قديمٍ ، فله الرُّجُوعُ على الضّامِنِ ، وهذا ضَمانُ العُهْدَةِ ، وإن أرادَ أخْذَ أرْشِ العَيْبِ ، رَجَع على الضّامِنِ أيضًا ؛ لأنَّه إذا لَزِمَه كلُّ الثَّمَنِ ، لَزِمَه بعضُه إذا اسْتَحَقَّ ذلك على المَضْمُونِ عنه ، وسواءٌ ظَهَر كلُّ المَبِيعِ مُسْتَحَقًّا أو بعضُه ؛ لأنَّه إذا ظَهَر بعضُه مُسْتَحَقًّا ، بَطَل العَقْدُ فى الجَمِيعِ ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ ، فقد خَرَجَتِ العَيْنُ كلُّها مِن يَدِه بسَبَبِ الاسْتِحْقاقِ . وعلى الرِّوايَةِ الأُخْرَى ، يَبْطُلُ فى البَعْضِ المُسْتَحَقِّ ، وله رَدُّ الجَمِيعِ ، فإن رَدَّها فهو كما لو اسْتُحِقَّتْ كلُّها ، وإن أمْسَكَ بعضَها فله المُطالَبَةُ بالأرْشِ ، كما لو وَجَدَها مَعِيبَةً . ولو باعَه عَيْنًا أو أقْرَضَه بشَرْطِ أن يَرْهَنَ عندَه عَيْنًا عَيَّنَها ، فتَكَفَّلَ رجلٌ بتَسْلِيمِ الرَّهْنِ ، لم تَصِحَّ الكَفالَةُ ؛ لأنَّه لا يَلْزَمُ البائِعَ ، فلا يَلْزَمُ الكَفِيلَ ما لا يَلْزَمُ الأصِيلَ[1] . وإن ضَمِن للمُشْتَرِى قِيمَةَ

الإنصاف

أو غِراسٍ . الثَّانيَةُ ، لو خافَ المُشْتَرِى فَسادَ البَيْعِ بغيرِ اسْتِحْقاقِ المَبِيعِ ، أو كَوْنَ العِوَضِ مَعِيبًا ، أو شَكَّ فى كَمالِ الصَّنْجَةِ ، أو جَوْدَةِ جنْسِ الثَّمَنِ ، فضَمِنَ ذلك صريحًا ، صحَّ كضَمانِ العُهْدَةِ . وإنْ لم يُصَرِّحْ ، فهل يدْخُلُ فى مُطْلَقِ ضَمانِ العُهْدَةِ ؟ على وَجْهَيْن . وأطْلَقَهما فى « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايَةِ » . الثَّالثَةُ ، يصِحُّ ضَمانُ نَقْصِ الصَّنْجَةِ ، ونحوِها ، ويرْجِعُ بقَوْلِه ، مع يَمِينِه ، على الصَّحيحِ

---

(١) فى م : « الأصل » .

المقنع وَلَا يَصِحُّ ضَمَانُ دَيْنِ الْكِتَابَةِ ، فِى أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير ما يَحْدُثُ فى المَبِيعِ ، مِن بِناءٍ أو غِراسٍ ، صَحَّ ، سواءٌ ضَمِنَه البائِعُ أو أجْنَبِىٌّ ، فإذا بَنَى أو غَرَسَ فاسْتُحِقَّ المَبِيعُ ، رَجَع المُشْتَرِى على الضّامِنِ بقِيمَةِ ما تَلِفَ أو نَقَص . وبه قال أبو حنيفةَ . وقال الشافعىُّ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه ضَمانُ مَجْهُولٍ ، وضَمانُ ما لم يَجِبْ . وقد بَيَّنَّا جَوازَه .

١٨٣٤ – مسألة : (ولا يَصِحُّ ضَمانُ دَيْنِ الكِتابَةِ ، فى أصَحِّ الرِّوايَتَيْن) وهو قولُ الشافعىِّ ، وأكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ . والأُخْرَى ، يَصِحُّ ؛ لأنَّه دَيْنٌ على المُكاتَبِ ، فصَحَّ ضَمانُه ، كسائِرِ دُيُونِه . والأُولَى أصَحُّ ؛ لأنَّه ليس بلازِمٍ ، ولا مآلُه إلى اللُّزومِ ؛ لأنَّ للمُكاتَبِ[1] تَعْجِيزَ نَفْسِه ، والامْتِناعَ مِن الأداءِ ، فإذا لم يَلْزَمِ الأَصِيلَ[2] ، فالضّامِنُ أوْلَى .

الإنصاف مِنَ المذهبِ . وقيل : لا يرْجِعُ ببَيِّنَةٍ فى حقِّ الضَّامِنِ .

قوله : ولا يصِحُّ ضَمانُ دَيْنِ [٢/١٢٢ظ] الكِتابَةِ ، فى أصَحِّ الرِّوايتَيْن . وهو المذهبُ مُطْلَقًا . جزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهما . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الكافِى » ، وقال : هذا المذهبُ . [3]قال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، و [3]الشَّارِحُ : هذا أصحُّ . وصحَّحه ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » . والرِّوايَةُ الثَّانيَةُ ، يصِحُّ ضَمانُه ، سواءٌ كان الضَّامِنُ حُرًّا أو غيرَه . وحكَاها فى « الخُلاصَةِ » وَجْهًا . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ،

(١) فى ق : « المكاتب يملك » .
(٢) فى م : « الأصل » .
(٣ –٣) زيادة من : ا .

المقنع

وَلَا يَصِحُّ ضَمَانُ الْأَمَانَاتِ ؛ كَالْوَدِيعَةِ وَنَحْوِهَا ، إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ التَّعَدِّىَ فِيهَا .

الشرح الكبير

١٨٣٥ - مسألة : (ولا يَصِحُّ ضمانُ الأماناتِ ؛ كالوَديعَةِ ونحوِها ، إلَّا أن يَضْمَنَ التَّعَدِّىَ فيها) أمَّا الأماناتُ ؛ كالوديعَةِ ، والعَيْنِ المُؤْجَرَةِ ، والشَّرِكةِ ، والمُضارَبَةِ ، والعَيْنِ المَدْفُوعَةِ إلى الخيّاطِ والقَصّارِ ، فإن ضَمِنَها مِن غيرِ تَعَدٍّ فيها ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّها غيرُ مَضْمُونَةٍ على صاحبِ اليَدِ ، فكذلك على ضامِنِه . وإن ضَمِن التَّعَدِّىَ فيها ، فظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ تعالى ، صِحّةُ ضَمانِها ، فإنَّه قال فى رِوايَةِ الأثْرَمِ ، فى رجلٍ يَتَقَبَّلُ مِن الناسِ الثِّيابَ ، فقال له [٦٩/٤ظ] رجلٌ : ادْفَعْ إليه ثِيابَكَ وأنا ضامِنٌ . فقال : هو ضامِنٌ لِما دَفَعَه إليه . يَعْنِى إذا تَعَدَّى أو تَلِف بفِعْلِه . فعلى هذا ، إن تَلِفَ بغيرِ فِعْلِه ولا تَفْرِيطٍ منه ، فلا شىءَ على

الإنصاف

و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الهادِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » . وقال القاضى : يصِحُّ ضَمانُه إذا كان حُرًّا ؛ لسَعَةِ تصرُّفِه . [١] قدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه »[١] . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وتقدَّم ، هل يصِحُّ أنْ يكونَ المُكاتَبُ ضامِنًا ، أوْ لا ؟ ويأْتِى فى بابِ الكِتابَةِ ، إذا ضَمِنَ أحدُ المُكاتَبَيْن الآخَرَ ، هل يصِحُّ ، أم لا ؟

قوله : ولا يصِحُّ ضَمانُ الأماناتِ ، كالوَديعَةِ ونحوِها . وهو المذهبُ . وعليه الأصحابُ . وعنه ، يصِحُّ . وحمَل على التَّعَدِّى ، كتَصْريحِه به ؛ فإنَّه يصِحُّ .

(١ - ١) زيادة من : ا .

المقنع

وَأَمَّا الْأَعْيَانُ الْمَضْمُونَةُ ، كَالْغُصُوبِ ، وَالعَوَارِى ، وَالْمَقْبُوضِ عَلَى وَجْهِ السَّوْمِ ، فَيَصِحُّ ضَمَانُهَا .

الشرح الكبير

الضّامِنِ ، وإن تَلِف بفِعْلِه أو تَفْرِيطٍ ، لَزِمَه ضَمانُها ، ولَزِم ضامِنَه أيضًا ؛ لأنَّها مَضْمُونَةٌ على مَن هى فى يَدِه ، فهى كالغُصُوبِ والعَوارِى ، وهذا فى الحَقِيقَةِ ضَمانُ ما لم يَجِبْ ، وقد ذَكَرْناه .

١٨٣٦ - مسألة : (فأمّا الأعْيانُ المَضْمُونَةُ ؛ كالغُصُوبِ ، والعَوارِى ، والمَقْبُوضِ على وَجْهِ السَّوْمِ ، فيَصِحُّ ضَمانُها) وبه قال أبو حنيفةَ ، والشافعيُّ فى أحَدِ قَوْلَيْه . وقال فى الآخَرِ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الأعْيانَ غيرُ ثابِتَةٍ فى الذِّمَّةِ ، وإنَّما يُضْمَنُ ما يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ ، ووَصْفُنا لها بالضَّمانِ إنَّما مَعْناه أنَّه يَلْزَمُه قِيمَتُها عندَ التَّلَفِ ، والقِيمَةُ مَجْهُولَةٌ . ولنا ، أنَّها مَضْمُونَةٌ على مَن هى فى يَدِه ، فصَحَّ ضَمانُها ، كالحُقُوقِ الثّابِتَةِ فى الذِّمَّةِ .

الإنصاف

بلا نِزاعٍ . وقد صرَّح به المُصَنِّفُ هنا ، وغيرُه مِنَ الأصحابِ .

قوله : فأمَّا الأعْيانُ المَضْمُونَةُ ؛ كالغُصُوبِ ، والعَوارِى ، والمَقْبُوضِ على وَجْهِ السَّوْمِ ، فيصِحُّ ضَمانُها . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، لا يصِحُّ ضَمانُها .

تنبيه : أفادَنا المُصَنِّفُ ، رَحِمَه اللهُ ، أنَّ المَقْبوضَ على وَجْهِ السَّوْمِ مِن ضَمانِ القابِضِ ، وأنَّ ضَمانَه يصِحُّ . والأصحابُ ، رَحِمَهم اللهُ ، يذْكُرُون مَسْأَلَةَ ضَمانِ المَقْبوضِ على وَجْهِ السَّوْمِ ، فى فَصْلِ ، مَن باعَ مَكِيلًا أو مَوْزُونًا . ويذْكُرُونها أيضًا فى أحْكامِ القَبْضِ ، ويذْكُرُون مَسْأَلَةَ الضَّامِنِ هنا ، ومَسْأَلَةُ صِحَّةِ ضَمانِ الضَّامِنِ للمَقْبوضِ على وَجْهِ السَّوْمِ مُتَرَتِّبَةٌ على ضَمانِه بقَبْضِه . واعْلَمْ أنَّه قد ورَد

الشرح الكبير

قَوْلُهم : إنَّ الأعْيانَ لا تَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ . قُلْنا : الضَّمانُ فى الحَقِيقَةِ إنَّما هو ضَمانُ اسْتِنْقاذِها ورَدِّها ، والْتِزامُ تَحْصِيلِها أو قِيمَتِها عندَ تَلَفِها . وهذا مِمّا يَصِحُّ ضَمانُه ، كعُهْدَةِ المَبِيعِ ، فإنَّه يَصِحُّ ، وهو فى الحَقِيقَةِ الْتِزامُ رَدِّ الثَّمَنِ أو عِوَضِه إن ظَهَر بالمَبِيعِ عَيْبٌ أو اسْتُحِقَّ .

الإنصاف

عن الإمامِ أحمدَ فى[1] ضَمانِ المَقْبوضِ على وَجْهِ السَّوْمِ نُصوصٌ ؛ فنقَل حَرْبٌ ، وأبو طالِبٍ ، وغيرُهما ، ضَمانَ المَقْبوضِ على وَجْهِ السَّوْمِ . ونقَل ابنُ مَنْصُورٍ وغيرُه ، أنَّه مِن ضَمانِ المالِكِ ؛ كالرَّهْنِ ، وما يقْبِضُه الأجِيرُ . ونقَل حَنْبَلٌ ، إذا ضاعَ مِنَ المُشْتَرِى ، ولم يقْطَعْ ثَمَنَه ، أو قطَع ثَمَنَه ، لَزِمَه . ونقَل حَرْبٌ وغيرُه ، فى مَن قال : بِعْنِى هذا . فقال : خُذْه بما شِئْتَ . فأخَذَه ، فماتَ بيَدِه ، [2]قال : هو مِن مالِ بائعِه ؛ لأنَّه مِلْكُه حتى يقْطَعَ ثَمَنَه . ونقَل ابنُ مُشَيشٍ ، فى مَن قال : بِعْنِيه . فقال : خُذْه بما شِئْتَ . فأخَذَه ، فماتَ بيَدِه[2] ، يضْمَنُه ربُّه ، هذا بَعدُ[3] لم يمْلِكْه . قال المَجْدُ : هذا يدُلُّ على أنَّه أمانَةٌ ، وأنَّه يُخَرَّجُ مِثْلُه فى بَيْعِ خِيارٍ ، على قَوْلِنا : لا يمْلِكُه . وقال : تضْمِينُه مَنافِعَه ، كزِيادَةٍ ، وأوْلَى . انتهى . فهذه نُصوصُه فى هذه المَسْأَلَةِ . قال فى « الفُروعِ » : ذكَر الأصحابُ فى ضَمانِه رِوايتَيْن . قال ابنُ رَجَبٍ فى « قَواعِدِه » : فمِنَ الأصحابِ مَن حكَى فى ضَمانِه رِوايتَيْن ، سواءٌ أخَذ بتَقْديرِ الثَّمَنِ ، أو بدُونِه . وهى طَرِيقَةُ القاضى ، وابنِ عَقِيلٍ . وصحَّح الضَّمانَ ؛ لأنَّه مَقْبوضٌ على وَجْهِ البَدَلِ والعِوَضِ ، فهو كمَقْبوضٍ بعَقْدٍ فاسِدٍ . انتهى . قلتُ : ذكَر الأصحابُ فى المَقْبوضِ على وَجْهِ

---

(١) سقط من : الأصل ، ا .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل ، ط .

(٣) فى الأصل ، ط : « العبد » .

الشرح الكبير

فصل : ويَصِحُّ ضَمانُ الجُعْلِ فى الجَعالَةِ ، وفى المسابَقَةِ والمُناضَلَةِ . وقال أصحابُ الشافعىِّ : لا يَصِحُّ ضَمانُه فى أحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّه لا يَئُولُ إلى اللُّزُومِ ، أشْبَهَ مالَ الكِتَابةِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِۦ زَعِيمٌ ﴾[1] . ولأنَّه يَئُولُ إلى اللُّزُومِ إذا عَمِلَ العَمَلَ ، وإنَّما الذى لا يَلْزَمُ العَمَلُ ، والمالُ يَلْزَمُ بوُجُودِه ، والضَّمانُ للمالِ دُونَ العَمَلِ . ويَصِحُّ ضَمانُ أَرْشِ الجِنايَةِ ، سواءٌ كان نُقُودًا ، كقِيَمِ المُتْلَفاتِ ، أو حَيَوانًا ، كالدِّياتِ . وقال أصحابُ الشافعىِّ : لا يَصِحُّ

الإنصاف

السَّوْمِ ثَلاثَ صُوَرٍ ؛ الأُولَى ، أنْ يُساوِمَ إنْسانًا فى ثَوْبٍ أو نحوِه ، ويقْطَعَ ثَمَنَه ، ثم يقْبِضَه ليُرِيَه أهْلَه ، فإنْ رَضُوه ، وإلَّا ردَّه ، فيتْلَفُ . ففى هذه الصُّورَةِ ، يضْمَنُ إنْ صحَّ بَيْعُ المُعاطاةِ . والمذهبُ صِحَّةُ بَيْعِ المُعاطاةِ . وجزَم بذلك فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . قال ابنُ أبى مُوسى : يضْمَنُه بغيرِ خِلافٍ . قال ابنُ رَجَبٍ ، فى « قَواعِدِه » : وهذا يدُلُّ على أنَّه يَجْرِى فيه الخِلافُ إذا قُلْنا : إنَّه لم ينْعَقِدِ البَيْعُ بذلك . وفى كلامِ أحمدَ إيماءٌ إلى ذلك . انتهىٰ . الثَّانيَةُ ، لو ساوَمَه ، وأخَذَه ليُرِيَه أهْلَه ، إنْ رَضُوه ، وإلَّا ردَّه مِن غيرِ قَطْعِ ثَمَنِه ، فيتْلَفُ ، ففى ضَمانِه رِوايَتان . وأطْلَقَهما فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » . إحْداهما ، يضْمَنُه القابِضُ . وهو المذهبُ ، وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، فى هذا البابِ . قال ابنُ أبى مُوسى : فهو مَضْمونٌ بغيرِ خِلافٍ . نُقِلَ عن أحمدَ ، هو مِن ضَمانِ قابِضِه ، كالعارِيَّةِ . والرِّوايَةُ الثَّانيَةُ ، لايضْمَنُه . قال فى « الحاوِيَيْن » : نقَل ابنُ مَنْصُورٍ وغيرُه ، هو مِن ضَمانِ

(1) سورة يوسف ٧٢ .

الشرح الكبير

ضَمانُ الحَيَوانِ الواجِبِ فيها ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ . وقد مَضَى الدَّلِيلُ على صِحَّةِ ضَمانِ المَجْهُولِ ، ولأنَّ الإِبِلَ الواجِبَةَ فى الدِّيَةِ[1] مَعْلُومَةُ الأَسْنانِ والعَدَدِ[2] ، وجَهالَةُ اللَّوْنِ وغيرِه مِن الصِّفاتِ الباقِيَةِ لا تَضُرُّ ؛ لأنَّه إنَّما يَلْزَمُه أدْنَى لَوْنٍ وصِفَةٍ ، فتَحْصُلُ مَعْلُومَةً ، وكذلك غيرُها[3] مِن الحَيَوانِ ، ولأنَّ جَهْلَ ذلك لم يَمْنَعْ وُجُوبَه بإتْلافٍ ، فلم يَمْنَعْ وُجُوبَه بالالْتِزامِ . ويَصِحُّ ضَمانُ نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ ، سواءٌ كانت نَفَقَةَ يَوْمِها أو مُسْتَقْبَلَةً ؛ لأنَّ نَفَقَةَ اليَوْمِ واجِبَةٌ ، والمُسْتَقْبَلَةُ مآلُها إلى الوُجُوبِ[4] ،

الإنصاف

المالِكِ ، كالرَّهْنِ ، وما يقْبِضُه الأجِيرُ . الثَّالثَةُ ، لو أخَذَه بإذْنِ رَبِّه ليُرِيَه أهْلَه ، إنْ رَضُوه اشْتَراه ، وإلَّا ردَّه ، فتَلِفَ بلا تَفْريطٍ ، (٥لم يضْمَنْ٥) . قال ابنُ أبى مُوسى : هذا أظْهَرُ عنه . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الحاوِيَيْن » . قال فى « الفائقِ » : فلا ضَمانَ فى أظْهَرِ الرِّوايتَيْن . وعنه ، يضْمَنُه بقِيمَتِه .

فائدة : المَقْبوضُ فى الإجارَةِ على وَجْهِ السَّوْمِ ، حُكْمُه حُكْمُ المَقْبوضِ على وَجْهِ السَّوْمِ فى البَيْعِ . ذكَرَه فى « الانْتِصارِ » . واقْتَصَرَ عليه فى « الفُروعِ » ، وقالَ : ووَلَدُ المَقْبوضِ على وَجْهِ السَّوْمِ ، كهُوَ ، لا وَلَدَ جانِيَةٍ ، وضامِنَةٍ ، وشاهِدَةٍ ، ومُوصًى بها ، وحقٍّ جائزٍ ، وضَمانِه . وفيه فى « الانْتِصارِ » ، إنْ أذِنَ [١٢٣/٢و] لأمَتِه فيه ، سرَى[6] . وفى طَرِيقَةِ بعضِ الأصحابِ ، ووَلَدُ مُوصًى

---

(١) فى ق : « الذمة » .
(٢) بعده فى الأصل : « فيها لأنها مجهول » .
(٣) سقط من : الأصل .
(٤) فى ق ، م : « اللزوم » .
(٥ – ٥) سقط من: الأصل .
(٦) فى الأصل ، ط : « سوى » .

الشرح الكبير

ويَلْزَمُه ما يَلْزَمُ الزَّوْجَ ، فى قِياسِ المَذْهَبِ . وقال القاضى : إذا ضَمِنَ نَفَقَةَ المُسْتَقْبَلِ ، لم يَلْزَمْه إلَّا نفقةُ المُعْسِرِ ؛ لأنَّ الزِّيادَةَ على ذلك تَسْقُطُ بالإِعْسارِ . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ ، على القولِ الذى قال فيه : يَصِحُّ ضَمانُها . ولنا ، أنه يَصِحُّ ضَمانُ[1] ما لم يَجِبْ ، [٧٠/٤و] واحْتِمالُ عَدَمِ وُجُوبِ الزِّيادَةِ لا يَمْنَعُ صِحَّةَ ضَمانِها ، بدَليلِ الجُعْلِ فى[1] الجعالَةِ ، والصَّداقِ قبلَ الدُّخُولِ ، والمَبيعِ فى مُدَّةِ الخِيارِ . فأمّا النَّفَقةُ فى الماضِى ،

الإنصاف

بعِتْقِها ؛ لعدَمِ تعَلُّقِ الحُكْمِ بها ، وإنَّما المُخاطَبُ المُوصَى إليه . انتهى . وفى ذلك بعضُ مَسائلَ ، ما أعْلَمُ صُورتَها ؛ منها ، قوْلُه : وحقٌّ جائزٌ . قال فى « القاعِدَةِ الثَّانيَةِ والثَّمانِين » : منها ، الشَّاهِدَةُ ، والضَّامِنَةُ ، والكَفِيلَةُ ، لا يتعَلَّقُ بأوْلادِهِنَّ شىءٌ . ذكَرَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ . واخْتارَ القاضى فى « خِلافِه » ، أنَّ وَلَدَ الضَّامِنَةِ يتْبَعُها ، ويُباعُ معها ، كوَلَدِ المَرْهُونَةِ . وضعَّفَه ابنُ عَقِيلٍ فى « نظَرِيَّاتِه » . وقال فى « القاعِدَةِ » المذْكُورَةِ[2] : الأمَةُ الجانِيَةُ لا يتعلَّقُ بأوْلادِها وأكْسابِها شىءٌ . [3]وقال فى « القاعِدَةِ » المَذْكُورَةِ : إذا وَلَدَتِ المَقْبوضَةُ على وَجْهِ السَّوْمِ فى يَدِ القابِضِ ، فقال القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ : حُكْمُه حُكْمُ أصْلِه . قال ابنُ رَجَبٍ : ويُمْكِنُ أنْ يُخَرَّجَ فيه وَجْهٌ آخَرُ ؛ أنَّه ليس بمَضْمونٍ ، كوَلَدِ العارِيَّةِ[3] . ويأْتِى فى آخِرِ بابِ العارِيَّةِ ، حُكْمُ وَلَدِ المُعارَةِ ، والمُؤْجَرَةِ ، ووَلَدِ الوَدِيعَةِ ، ويأْتِى حُكْمُ وَلَدِ المُدَبَّرَةِ والمُكاتَبَةِ فى بابَيْهما .

فائدتان ؛ إحْداهما ، إذا طُولِبَ الضَّامِنُ بالدَّيْنِ ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ ضَمِنَ

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل ، ط .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل ، ط .

الشرح الكبير

فإن كانت واجبةً بحُكْمِ حاكِمٍ ، أو قُلْنا بوُجُوبِها بدُونِ حُكْمِه ، صَحَّ ضَمانُها ، وإلَّا فلا . وفى صِحَّةِ ضَمانِ (١مالِ الكِتابَةِ١) اخْتِلافٌ نذكُرُه(٢) فى بابِه .

الإنصاف

بإذْنِ المَضْمونِ عنه ، أوْ لا ، فإنْ كان ضَمِنَه بإذْنِه ، فله مُطالَبَتُه بتَخْليصِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : له ذلك فى الأصحِّ . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » . (٣وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ »٣) . وقيل : ليس للضَّامِنِ مُطالَبَتُه بتَخْليصِه(٤) حتى يُؤَدِّىَ . وإنْ لم يُطالَبِ الضَّامِنُ ، لم يكُنْ له مُطالَبَتُه بتَخْليصِه مِنَ المَضْمونِ له . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « المُحَرَّرِ » . وقيل : له ذلك . وأطْلَقهما فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « التَّلْخيصِ » . وإنْ كان ضَمِنَه بغيرِ إذْنِه ، لم يكُنْ له مُطالَبَتُه بتَخْليصِه قبلَ الأداءِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، (٣و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، وغيرِهم٣) . وقيل : له ذلك إذا طالَبَه . الثَّانيةُ ، قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : لو تَغيَّبَ مَضْمونٌ عنه -أطْلَقَه فى مَوْضِعٍ ، وقيَّدَه فى آخَرَ بقادِرٍ على الوَفاءِ - فأُمْسِكَ الضَّامِنُ ، وغَرِمَ شيئًا بسَبَبِ ذلك ، وأنْفَقَه

(١ - ١) فى م : « السلم » .
(٢) فى الأصل : « ذكرناه » .
(٣ - ٣) زيادة من : ا .
(٤) فى الأصل ، ط : « بتحليفه » .

المقنع

وَإِنْ قَضَى الضَّامِنُ الدَّيْنَ مُتَبَرِّعًا ، لَمْ يَرْجِعْ بِشَىْءٍ . وَإِنْ نَوَى الرُّجُوعَ ، وَكَانَ الضَّمَانُ وَالْقَضَاءُ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، فَهَلْ يَرْجِعُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَإِنْ أَذِنَ فِى [١١٢ و] أَحَدِهِمَا ، فَلَهُ الرُّجُوعُ بِأَقَلِّ الْأَمْرَيْنِ مِمَّا قَضَى ، أَوْ قَدْرِ الدَّيْنِ .

الشرح الكبير

١٨٣٧ – مسألة : (وإن قَضَى الضّامِنُ الدَّيْنَ مُتبَرِّعًا ، لم يَرْجِعْ بشىءٍ) لأنَّه تَطَوَّعَ بذلك ، أشْبَهَ الصَّدَقَةَ ، وسواءٌ ضَمِن بإذْنِه أو بغيرِ إذْنِه .

١٨٣٨ – مسألة : (وإن نَوَى الرُّجُوعَ ، وكان الضَّمانُ والقَضاءُ بغيرِ إذْنِ المَضْمُونِ عنه ، فهل يَرْجِعُ ؟ على رِوَايَتَيْنِ . وإن أذِنَ) له (فى أحَدِهما ، فله الرُّجُوعُ بأقَلِّ الأمْرَيْنِ مِمّا قَضَى ، أو قَدْرِ الدَّيْنِ) وجملةُ ذلك ، أنَّ الضّامِنَ متى أدَّى الدَّيْنَ بنِيَّةِ الرُّجُوعِ ، لم يَخْلُ مِن أرْبَعَةِ أقْسامٍ ؛ أحدُها ، أن يَضْمَنَ بإذْنِ المَضْمُونِ عنه ويُؤَدِّىَ بأمْرِه ، فإنَّه

الإنصاف

فى حَبْسٍ ، رجَع به على المَضْمونِ عنه . واقْتَصرَ عليه فى « الفُروعِ » . قلتُ : وهو الصَّوابُ الذى لا يُعْدَلُ عنه . ويأْتِى التَّنْبِيهُ على ذلك فى أوائلِ بابِ الحَجْرِ أيضًا .

قوله : وإنْ قضَى الضَّامِنُ الدَّيْنَ مُتَبَرِّعًا ، لم يرْجِعْ بشَىءٍ . وإنْ نوَى الرُّجوعَ ، وكان الضَّمانُ والقَضاءُ بغيرِ إذْنِ المَضْمونِ عنه ، فهل يرْجِعُ ؟ على روايتَيْن . وإنْ أذِنَ فى أحَدِهما ، فله الرُّجوعُ بأقَلِّ الأمْرَين ممَّا قضَى ، أو قَدْرِ الدَّيْنِ . إذا قضَى الضَّامِنُ الدَّيْنَ ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ يقْضِيَه مُتَبَرِّعًا ، أوْ لا ؛ فإنْ قَضاه مُتَبَرِّعًا ، لم يرْجِعْ ، بلا نِزاعٍ . قال فى « الرِّعايَةِ » : هذه هِبَةٌ تحْتاجُ قَبُولًا وقَبْضًا ورِضًى . والحَوالَةُ بما وجَب قَضاءً . وإنْ قَضاه غيرَ مُتَبَرِّعٍ ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا أن ينْوِىَ الرُّجوعَ ،

الشرح الكبير

يَرْجِعُ عليه ، سواءٌ قال : اضْمَنْ عَنِّى . أو : أَدِّ عَنِّى . أو أَطْلَقَ . وبهذا قال مالكٌ ، والشافعيُّ ، وأبو يُوسُفَ . وقال أبو حنيفةَ ، ومحمدٌ : إن قال : اضْمَنْ عَنِّى ، وانْقُدْ عَنِّى . رَجَعَ عليه . وإن قال : انْقُدْ هذا . لم يَرْجِعْ ، إلَّا أن يَكُونَ مُخالِطًا له ، يَسْتَقْرِضُ منه ويُودِعُ عندَه ؛ لأنَّ قَوْلَه : اضْمَنْ عَنِّى ، وانْقُدْ عَنِّى . إقْرارٌ منه بالحَقِّ . وإذا أطْلَقَ ذلك[1] ، صار كأنَّه قال : هَبْ لى هذا . أو تَطَوَّعْ عليه[1] . وإذا كان مُخالِطًا له ، رَجَع اسْتِحْسانًا ؛ لأنَّه قد يَأْمُرُ مُخالِطَهُ بالنَّقْدِ عنه . ولَنا ، أنَّه ضَمِن ودَفَع بأمْرِه ، فأشْبَهَ ما لو كان مُخالِطًا له ، أو قال : اضْمَنْ عَنِّى . وما ذَكَراه ليس بصَحِيحٍ ؛ لأنَّه إذا أمَرَه بالضَّمانِ لا يَكُونُ إلَّا لِما هو عليه ، وأمْرُه بالنَّقْدِ بعدَ ذلك يَنْصَرِفُ إلى ما ضَمِنَه ، بدَلِيلِ المُخالِطِ[2] له ، فيَجِبُ

الإنصاف

أو يذْهَلَ عن ذلك ؛ فإنْ نوَى الرُّجوعَ ، ففيه أرْبَعُ مسَائلَ ، شَمِلَها كلامُ المُصَنِّفِ ؛ إحْداها ، أنْ يضْمَنَ بإذْنِه ، ويقْضِىَ بإذْنِه ، فيرْجِعَ ، بلا نِزاعٍ[3] . الثَّانيةُ ، أنْ يضْمَنَ بإذْنِه ، ويقْضِىَ بغيرِ إذْنِه ، (4) فيرْجِعَ أيضًا ، بلا نِزاعٍ . الثَّالثةُ ، أنْ(4) (5) يضْمَنَ بغيرِ إذْنِه ، ويقْضِىَ بإذْنِه(5) ، فيرْجِعَ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . واخْتارَ فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، أنَّه لا يرْجِعُ . الرَّابعةُ ، أنْ يضْمَنَ بغيرِ إذْنِه ، ويقْضِىَ بغيرِ إذْنِه . فهذه فيها الرِّوايَتان . وأطْلَقَهما فى

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى الأصل ، ر ١ ، م : « المخالطة » .

(٣) فى الأصل : « بلا إذنه » .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل ، ط .

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

عليه أداءُ ما أدَّى عنه ، كما لو صَرَّحَ به . الثّانِى ، ضَمِن بأمْرِه ، وقَضَى بغيرِ أمْرِه ، فله الرُّجُوعُ أيضًا . وبه قال مالكٌ ، والشافعىُّ فى أحَدِ الوُجُوهِ عنه . والوَجْهُ الثّانِى ، لا يَرْجِعُ ؛ لأنَّه دَفَع بغيرِ أمْرِه ، أشْبَهَ ما لو تَبَرَّعَ . الوَجْهُ الثّالِثُ ، أنَّه إن تَعَذَّرَ الرُّجُوعُ على المَضْمُونِ عنه ، فدَفَعَ ما عليه ، رَجَعَ ، وإلَّا فلا ؛ لأنه تبرَّعَ بالدَّفْعِ . ولَنا ، أنَّه إذا أذِنَ فى الضَّمانِ ، تَضَمَّنَ ذلك إذْنَه فى الأداءِ ؛ لأنَّ الضَّمانَ يُوجِبُ عليه الأداءَ ، فرَجَعَ عليه ، كما لو أذِنَ فى الأداءِ صَرِيحًا . الثّالِثُ ، ضَمِن بغيرِ أمْرِه ، وقَضَى بأمْرِه ، فله الرُّجُوعُ أيضًا . وظاهِرُ مَذْهَبِ الشافعىِّ أنَّه لا يَرْجِعُ ؛ لأنَّ أمْرَه بالقَضاءِ انْصَرَفَ إلى ما وَجَب بضَمانِه . ولَنا ، أنَّه أدَّى دَيْنَه بأمْرِه ، فرَجَعَ عليه ، كما لو لم يَكُنْ ضامِنًا ، أو كما لو ضَمِن بأمْرِه . قَوْلُهم : [٧٠/٤ظ] إنَّ إذْنَه فى القَضاءِ انْصَرَفَ إلى ما وَجَب بضَمانِه . قُلْنا : والواجِبُ بضَمانِه

الإنصاف

« الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الكافِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ؛ إحْداهما ، يرْجِعُ . وهو المذهبُ ، بلا رَيْبٍ ، ونصَّ عليه . قال ابنُ رَجَبٍ ، فى « القاعِدَةِ الخامِسَةِ والسَّبْعِين[1] » : يرْجِعُ على أصحِّ الرِّوايتَيْن . وهى المذهبُ عندَ الخِرَقِىِّ ، وأبِى بَكْرٍ ، والقاضى ، والأكْثَرِين . انتهى . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهى اخْتِيارُ الخِرَقِىِّ ، والقاضى ، وأبِى الخَطَّابِ ، والشَّرِيفِ ، وابنِ عَقِيلٍ ، والشِّيرازِىِّ ، وابنِ البَنَّا ، وغيرِهم . قال فى « الفائقِ » : اخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وصحَّحه

---

(١) فى الأصول : « والتسعين » . وانظر القواعد ١٤٣ .

الشرح الكبير

إنَّما هو أداءُ دَيْنِه ، وليس هو شَيْئًا آخَرَ ، فمتى أدّاه عنه بإذْنِه ، لَزِمَه إعْطاؤُه بَدَلَه . الرّابعُ ، ضَمِن بغيرِ أمْرِه ، وقَضَى بغيرِ أمْرِه ، ففيه رِوايتانِ ؛ إحْدَاهما ، يَرْجِعُ . وهو قولُ مالِكٍ ، وعُبَيْدِ اللهِ بنِ الحَسَنِ ، وإسحاقَ . والثّانِيَةُ ، لا يَرْجِعُ بشىءٍ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، والشافعىِّ ، وابنِ المُنْذِرِ . بدَلِيلِ حَديثِ عَلِىٍّ وأبى قَتادَةَ[1] ، فإنَّهما لو كانا يَسْتَحِقّانِ الرُّجُوعَ على المَيِّتِ ، صار الدَّيْنُ لهما ، فكانت ذِمَّةُ المَيِّتِ مَشْغُولَةً بدَيْنِهما ، كاشْتِغالِها بدَيْنِ المَضْمُونِ عنه[2] ، ولم يُصَلِّ عليه النبىُّ ﷺ ، ولأنَّه تَبَرَّعَ بذلك ، أشْبَهَ ما لو عَلَف دَوابَّه وأطْعَمَ عَبِيدَه بغيرِ أمْرِه . ووَجْهُ الأُولَى ، أنَّه قَضاءٌ مُبْرِئٌ مِن دَيْنٍ واجِبٍ ، فكان مِن ضَمانِ مَن هو عليه ، كالحاكِمِ إذا قَضَى عنه عندَ امْتِناعِه . فأمّا عَلِىٌّ وأبو قَتادَةَ ، فإنَّهما تَبَرَّعا بالقَضاءِ والضَّمانِ ، فإنَّهما قَضَيا دَيْنَه قَصْدًا لتَبْرِئَةِ ذِمَّتِه ؛ ليُصَلِّىَ عليه رسولُ اللهِ ﷺ مع عِلْمِهما أنَّه لم يَتْرُكْ وَفاءً[3] ، والمُتَبَرِّعُ لا يَرْجِعُ بشىءٍ ، وإنَّما الخِلافُ فى المُحْتَسِبِ بالرُّجُوعِ .

الإنصاف

فى « التَّصحيحِ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفُروعِ » ، وقال : نصَّ عليه ، واخْتارَه الأصحابُ . انتهى . قال فى « القَواعِدِ » : واشْتَرَطَ القاضى أنْ يَنْوِىَ الرُّجوعَ ، ويُشْهِدَ على نِيَّتِه عندَ الأداءِ ، فلو نوَى التَّبَرُّعَ ، أو أطْلَقَ النِّيَّةَ ، فلا رُجوعَ له . واشْتَرَطَ أيضًا أنْ يكونَ المَدْيونُ مُمْتَنِعًا مِنَ الأداءِ . وهو

---

(١) تقدم تخريجهما فى صفحة ٩ .

(٢) فى ق ، م : « له » .

(٣) فى م : « وفاءه » .

الشرح الكبير

فصل : ويَرْجِعُ الضّامِنُ على المَضْمُونِ عنه بأقَلِّ الأمْرَيْن ممّا قَضَى أو قَدْرِ الدَّيْنِ ؛ لأنَّه إن كان الأَقَلُّ الدَّيْنَ ، فالزّائِدُ لم يَكُنْ واجِبًا عليه[1] ، فهو مُتَبَرِّعٌ به ، وإن كان المَقْضِىُّ أقَلَّ ، فإنَّما يَرْجِعُ بما غَرِم ، ولهذا لو أبْرَأه غَرِيمُه لم يَرْجِعْ بشىءٍ . فإن دَفَع عن الدَّيْنِ عَرْضًا ، رَجَع بأقَلِّ الأمْرَيْن مِن قِيمَتِه أو قَدْرِ الدَّيْنِ ؛ لِما ذَكَرْنا .

فصل : ولو كان على رَجُلَيْن مائَةٌ ، على كلِّ واحدٍ منهما نِصْفُها ، وكلُّ واحدٍ ضامِنٌ عن صاحِبِه ما عليه ، فضَمِنَ آخَرُ عن أَحَدِهما المائَةَ بأمْرِه وقَضاهَا ، سَقَط الحَقُّ عن الجَمِيعِ ، وله الرُّجُوعُ بها[2] على الذى ضَمِن عنه ، و لم يَكُنْ له أن يَرْجِعَ على الآخَرِ بشىءٍ ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ ؛ لأنه لم يَضْمَنْ عنه ، ولا أذِنَ له فى القَضاءِ ، فإذا رَجَع على الذى ضَمِن ، رَجَع على الآخَرِ بنِصْفِها ، إن كان ضَمِن عنه بإذْنِه ؛ لأنَّه ضَمِنَها عنه بإذْنِه ، وقَضاها ضامِنُه . والرِّوايَةُ الثّانِيَةُ ، له الرُّجُوعُ على الآخَرِ بالمائَةِ ؛ لأنَّها وَجَبَتْ له على مَن أدّاها عنه ، فمَلَكَ الرُّجُوعَ بها[3] عليه ، كالأصيلِ[3] .

فصل : إذا ضَمِن عن رجلٍ بأمْرِه ، فطُولِبَ الضّامِنُ ، فله مُطالَبَةُ

الإنصاف

يرْجِعُ إلى أنْ لا رُجوعَ إلَّا عندَ تعَذُّرِ إذْنِه . وخالَفَ فى ذلك صاحِبُ « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » . وهو ظاهِرُ إطْلاقِ القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، والأكْثَرِين . انتهى . والرِّوايَةُ الثَّانيةُ ، لا يرْجِعُ . اخْتارَه أبو محمدٍ الجَوْزِىُّ . وقدَّمه فى « الفائقِ » . وقال

(١) سقط من : م .
(٢) سقط من : م .
(٣ - ٣) فى م : « كالأصل » .

الشرح الكبير

المَضْمُونِ عنه بتَخْلِيصِه ؛ لأنَّه لَزِمَه الأداءُ عنه بأمْرِه ، فكانت له المُطالَبَةُ بتَبْرِئَةِ ذِمَّتِه . وإن لم يُطالَبِ الضّامِنُ ، لم يَمْلِكْ مُطالَبَةَ المَضْمُونِ عنه ؛ لأنَّه لمَّا لم يَكُنْ له الرُّجُوعُ بالدَّيْنِ قبلَ غَرامَتِه ، لم تكُنْ له المُطالَبَةُ قبلَ طَلَبِه منه . وفيه وَجْهٌ آخرُ ، أنَّ له المُطالَبَةَ ؛ لأنَّه شَغَلَ ذِمَّتَه بإذْنِه ، فكانت له المُطالَبَةُ [٧١/٤و] بتَفْرِيغِها ، كما لو اسْتَعارَ عَبْدًا فرَهَنَه[1] ، كان لسَيِّدِه مُطالَبَتُه بفَكاكِه وتَفْرِيغِه مِن الرَّهْنِ . والأوَّلُ أوْلَى . ويُفارِقُ الضَّمانُ العارِيَّةَ ؛ لأنَّ السَّيِّدَ يَتَضَرَّرُ بتَعْوِيقِ مَنافِعِ عَبْدِه المُسْتَعارِ ، فمَلَكَ المُطالَبَةَ بما يُزِيلُ الضَّرَرَ عنه ، والضّامِنُ لا يَبْطُلُ بالضَّمانِ شئٌ مِن مَنافِعِه . فأمّا إن ضَمِن عنه بغيرِ أمْرِه[2] ، لم يَمْلِكْ مُطالَبَةَ المَضْمُونِ عنه قبلَ الأداءِ بحالٍ ؛ لأنَّه لا حَقَّ له يُطالِبُ به ، ولا شَغَلَ ذِمَّتَه بأمْرِه ، فأشْبَهَ الأجْنَبِيَّ . وقيل : إنَّ هذا يَنْبَنِي على الرِّوايَتَيْنِ فى رجُوعِه على المَضْمُونِ عنه بما أدَّى عنه ، فإن قُلْنا : لا يَرْجِعُ . فلا مُطالَبَةَ له بحالٍ . وإن قُلْنا : يَرْجِعُ . فحُكْمُه حُكْمُ مَن ضَمِن عنه بأمْرِه ، على ما مَضَى تَفْصِيلُه .

الإنصاف

ابنُ عَقِيلٍ : يظْهَرُ فيها ، كذَبْحِ أُضْحِيَةِ غيرِه بلا إذْنِه ، فى مَنْعِ الضَّمانِ والرُّجوعِ ؛ لأنَّ القَضاءَ هنا إبْراءٌ ، كتَحْصِيلِ الإجْزاءِ بالذَّبْحِ . انتهى . وإنْ قَضاه ، ولم ينْوِ الرُّجوعَ [١٢٣/٢ظ] ولا التَّبَرُّعَ ، بل ذَهَل عن قَصْدِ الرُّجوعِ وعَدَمِه ، فالمذهبُ ، أنَّه لا يرْجِعُ . اخْتارَه القاضى ، كما تقدَّم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « القَواعِدِ » ؛ فإنَّه جعَل النِّيَّةَ فى قَضاءِ الدَّيْنِ

---

(١) بعده فى ر : « قيمته » .

(٢) فى م : « إذنه » .

الشرح الكبير

فصل : فإن ضَمِن الضّامِنَ ضامِنٌ[1] آخرُ ، فقَضَى أحَدُهما الدَّيْنَ ، بَرِئَ الجَمِيعُ ، فإن قَضاه المَضْمُونُ عنه ، لم يَرْجِعْ على أحَدٍ . وإن قَضاه الضّامِنُ الأوَّلُ ، رَجَع على المَضْمُونِ عنه دُونَ الضّامِنِ الثّانِى . وإن قَضاه الثّانِى ، رَجَع على الأوَّلِ ، ثم رَجَع الأوَّلُ على المَضْمُونِ عنه ، إذا كان كلُّ واحدٍ منهما قد أذِنَ لصاحِبِه ، فإن لم يَكُنْ أذِنَ له ، ففى الرُّجُوعِ رِوايَتان . وإن أذِنَ الأوَّلُ للثّانِى ولم يَأْذَنِ المَضْمُونُ عنه ، أو أذِنَ المَضْمُونُ عنه لضامِنِه ، ولم يَأْذَنِ الضّامِنُ لضامِنِه ، رَجَع المَأْذُونُ له على مَن أذِنَ له ، ولم يَرْجِعِ[2] الآخَرُ ، على إحدى الرِّوايَتَيْنِ . فإن أذِنَ المَضْمُونُ عنه للضّامِنِ الثّانِى فى الضَّمان ، ولم يَأْذَنْ له الضّامِنُ الأوَّلُ ، رَجَع على المَضْمُونِ عنه ، ولم يَرْجِعْ على الضّامِنِ ؛ لأنَّه إنَّما يَرْجِعُ على مَن أذِنَ له دُونَ غيرِه .

فصل : إذا كان له ألْفٌ على رَجُلَيْنِ ؛ على كلِّ واحدٍ منهما نِصْفُه ، وكلُّ واحدٍ منهما ضامِنٌ عن صاحِبِه ، فأبْرَأَ الغَرِيمُ أحَدَهما مِن الألْفِ ، بَرِئَ منه ، وبَرِئَ صاحِبُه مِن ضَمانِه ، وبَقِىَ عليه خَمسُمائةٍ . وإن قَضاه أحَدُهما خَمْسَمائةٍ ، أو أبْرَأه الغَرِيمُ منها ، وعَيَّنَ القَضاءَ بلَفْظِه أو ببَيِّنَةٍ عن الأصْلِ أو الضَّمانِ ، انْصَرَفَ إليه . وإن أطْلَقَ ، احْتَمَلَ أنَّ له صَرْفَها إلى

الإنصاف

أصْلًا لأحَدِ الوَجْهَين ، فيما إذا اشْتَرَى أسِيرًا حُرًّا مُسْلِمًا . وقيل : يرْجِعُ . وهو ظاهِرُ نَقْلِ ابنِ مَنْصُورٍ ، وهو ظاهِرُ الخِرَقِىِّ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » .

---

(١) سقط من : م .

(٢) بعده فى م : « على » .

الشرح الكبير

ما شاء منهما[1] ، كمَن أخْرَجَ زَكَاةَ نِصابٍ وله نِصابان ؛ غائِبٌ وحاضِرٌ ، كان له صَرْفُها إلى ما شاء منهما . واحْتَمَلَ أن يَكُونَ نِصْفُها عن الأصْلِ ، ونِصْفُها عن الضَّمانِ ؛ لأنَّ إطْلاقَ القَضاءِ والإبْراءِ يَنْصَرِفُ إلى جُمْلَةِ ما فِي ذِمَّتِه ، فيَكُونُ بينَهما . والمُعْتَبَرُ فى القَضاءِ لَفْظُ القاضِى ونِيَّته ، وفى الإبْراءِ لَفْظُ المُبْرِئِ ونِيَّته ، ومتى اخْتَلَفُوا فى ذلك ، فالقَوْلُ قولُ مَن اعْتُبِرَ لَفْظُه ونِيَّته .

فصل : ولو ادَّعى [٤/٧١ظ] ألْفًا على حاضِرٍ وغائِبٍ ، وأنَّ كلَّ واحدٍ منهما ضامِنٌ عن صاحِبِه ، فاعْتَرَفَ الحاضِرُ بذلك ، فله أخْذُ الألْفِ منه ، فإن قَدِمَ الغائِبُ فاعْتَرَفَ ، رَجَع عليه صاحِبُه بنِصْفِه ، وإن أنْكَرَ ، فالقولُ قَوْلُه مع يَمِينِه ، وإن كان الحاضِرُ أنْكَرَ ، فالقولُ قَوْلُه مع يَمِينِه ، فإن قامَتْ عليه بَيِّنَةٌ فاسْتَوْفَى الألْفَ منه ، لم يَرْجِعْ على الغائِبِ بشيءٍ ؛ لأنَّه بإنْكارِه مُعْتَرِفٌ أنَّه لا حَقَّ له عليه ، وإنَّما المُدَّعِي ظَلَمَه . وإنِ اعْتَرَفَ الغائِبُ وعاد الحاضِرُ عن إنْكارِه ، فله الاسْتِيفاءُ منه ؛ لأنَّه يَدَّعِي عليه حَقًّا يَعْتَرِفُ له به ، فجازَ له أخْذُه . وإن لم يَقُمْ على الحاضِرِ بَيِّنَةٌ ، حَلَف وبَرِئَ ، فإذا قَدِمَ الغائِبُ ، فإن أنْكَرَ وحَلَف ، بَرِئَ ، فإنِ اعْتَرَفَ ، لَزِمَه دَفْعُ الألْفِ . وقال بعضُ أصحابِ الشافعيِّ : لا يَلْزَمُه إلَّا خَمْسُ المائةِ الأصْلِيَّةُ دُون

الإنصاف

فائدة : وكذا الحُكْمُ فى كلِّ مَن أدَّى عن غيرِه دَيْنًا واجِبًا بإذْنِه ، وبغيرِ إذْنِه ، على ما تقدَّم مِنَ التَّفْصيلِ فى ذلك والخِلافِ .

---

(١) بعده فى الأصل : « واحتمل أن يكون نصفها » .

المقنع وَإِنْ أَنْكَرَ الْمَضْمُونُ لَهُ الْقَضَاءَ ، وَحَلَفَ ، لَمْ يَرْجِعِ الضَّامِنُ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ ، سَوَاءٌ صَدَّقَهُ ، أَوْ كَذَّبَهُ .

الشرح الكبير المَضْمُونَةِ ؛ لأنَّها سَقَطَتْ عن المَضْمُونِ عنه بيَمِينِه ، فتَسْقُطُ عن ضامِنِه . ولَنا ، أنَّه مُقِرٌّ بها وغريمُه يَدَّعِيها ، واليَمِينُ إنَّما أَسْقَطَتِ المُطالَبَةَ عنه فى الظَّاهِرِ ، ولم تُسْقِطْ عنه الحَقَّ الذى فى ذِمَّتِه ، بدَلِيلِ أنَّه لو قامَتْ عليه بَيِّنَةٌ بعدَ يَمِينِه ، لَزِمَه ، ولَزِم الضَّامِنَ .

١٨٣٩ – مسألة : (وإن أنْكَرَ المَضْمُونُ له القَضاءَ ، وحَلَف ، لم يَرْجِعِ الضّامِنُ على المَضْمُونِ عنه ، سواءٌ صَدَّقَه أو كَذَّبَه) إذا ادَّعَى الضّامِنُ أنَّه قَضَى الدَّيْنَ ، فأنْكَرَ المَضْمُونُ له ، ولا بَيِّنَةَ له ، فالقولُ قولُ المَضْمُونِ له ؛ لأنَّه ادَّعَى تَسْلِيمَ المالِ إلى مَن لم يَأْمَنْه ، فكان القولُ قولَ المُنْكِرِ ، وله مُطالَبَةُ الضّامِنِ والأصِيلِ . فإن رَجَع على المَضْمُونِ عنه ،

الإنصاف قوله : وإنْ أنْكَرَ المضمونُ له القَضاءَ ، وحلَف ، لم يرْجِعِ الضَّامِنُ على المَضْمونِ عنه ، سَواءٌ صَدَّقَه ، أو كَذَّبَه . إذا ادَّعَى الضَّامِنُ القَضاءَ ، وأنْكَرَ المَضْمونُ له ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا[1] أنْ يُصَدِّقَه المَضْمونُ عنه ، أو يُكَذِّبَه ، فإنْ كذَّبَه ، لم يرْجِعْ عليه إلَّا ببَيِّنَةٍ تشْهَدُ له بالقَضاءِ ، فإنْ لم يَكُنْ له بَيِّنَةٌ ، فللمَضْمونِ له[2] الرُّجوعُ على الأصِيلِ والضَّامِنِ ، فإنْ أخذ مِنَ الضَّامِنِ ثانِيًا ، فهل يرْجِعُ الضَّامِنُ بالأَوَّلِ للبَراءَةِ به باطِنًا ، أو بالثَّانِى ؟ فيه احْتِمالان مُطْلَقان [3]فى « الفُروعِ »[3] ؛ أحدُهما ، يرْجِعُ

---

(١) سقط من : الأصل ، ط .

(٢) سقط من : الأصول ، وانظر : المغنى ٧/٩٤ .

(٣ – ٣) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

فهل يَرْجِعُ الضّامِنُ بما قَضاه عنه ؟ يُنْظَرُ ؛ فإن لم يَعْتَرِفْ له بالقَضاءِ ، لم يَرْجِعْ عليه ، وإنِ اعْتَرَفَ له بالقَضاءِ ، وكان قد قَضَى بغيرِ بَيِّنَةٍ فى غَيْبَةِ المَضْمُونِ عنه ، لم يَرْجِعْ بشىءٍ ، سواءٌ صَدَّقَه المَضْمُونُ عنه أو كَذَّبَه ؛ لأنَّه أذِنَ فى قَضاءٍ مُبْرِئٍ و لم يُوجَدْ ، وإن قَضاه بِبَيِّنَةٍ ثَبَت بها الحَقُّ ، لكنْ إن كانت غائِبَةً أو مَيْتَةً ، فللضّامِنِ الرُّجُوعُ على المَضْمُونِ عنه ؛ لأنَّه مُعْتَرِفٌ أنَّه ما قَصَّرَ وما فَرَّطَ . وإن قَضاه ببَيِّنَةٍ مَرْدُودَةٍ بأمْرٍ ظاهِرٍ ، كالكُفْرِ والفِسْقِ الظّاهِرِ ، لم يَرْجِعِ الضّامِنُ ؛ لتَفْرِيطِه ؛ لأنَّ هذه البَيِّنَةَ كعَدَمِها . وإن رُدَّتْ بأمْرٍ خَفِىٍّ ، كالفِسْقِ الباطِنِ ، أو كانتِ الشَّهادَةُ مُخْتَلَفًا فيها ، مثلَ أن يكونَ[1] أشْهَدَ عَبْدَيْنِ ، أو شاهِدًا واحِدًا ، فرُدَّتْ لذلك ، أو كان مَيْتًا أو غائِبًا ، احْتَمَلَ أن يَرْجِعَ ؛ لأنَّه قَضَى ببَيِّنَةٍ شَرْعِيَّةٍ ، والجَرْحُ والتَّعْدِيلُ ليس له . واحْتَمَلَ أن لا يَرْجِعَ ؛ لأنَّه أشْهَدَ مَن لا يَثْبُتُ الحَقُّ بشَهادَتِه . وإن قَضَى بغيرِ بَيِّنَةٍ بحَضْرَةِ المَضْمُونِ عنه ، ففيه وَجْهانِ ؛

الإنصاف

بما قَضاه ثانيًا . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وقالا : هو أرْجَحُ . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . والثَّانِى ، يرْجِعُ بما قَضاه أوَّلًا . وهما طَرِيقَةٌ مُوجَزَةٌ فى « الرِّعايَةِ » . والثَّانِى ، قدَّمه فيها ، أنَّه يرْجِعُ عليه مَرَّةً واحدَةً بقَدْرِ الدَّيْنِ . ولا مُنافاةَ بينَ الطَّرِيقَتَيْن . وإنْ صدَّقَه ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ قَضاه بإشْهادٍ أو غيرِه ؛ فإنْ قَضاه بإشْهادٍ صحيحٍ ، رجَع عليه ، ولو كانتِ البَيِّنَةُ غائبَةً أو مَيِّتَةً . وتقدَّم نَظِيرُه فى الرَّهْنِ ، ويأْتِى فى الوَكالَةِ . لكِنْ لو رُدَّتِ الشَّهادَةُ بأمْرٍ خَفِىٍّ ، كالفِسْقِ باطِنًا ، أو كانتِ الشَّهادَةُ مُخْتَلَفًا فيها ؛ كشَهادَةِ العَبِيدِ ، أو شاهِدٍ واحِدٍ ، أو كان

---

(1) سقط من : ر ١ ، ق ، م .

الشرح الكبير

أحدُهما ، يَرْجِعُ . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه إذا كان حاضِرًا ، كان الاحْتِياطُ [٤/٧٢و] إليه ، فإذا تَرَكَ التَّحَفُّظَ كان التَّفْرِيطُ منه دُونَ الضَّامِنِ . والثَّانى ، لا يَرْجِعُ ؛ لأنَّه قَضَى قَضاءً غيرَ مُبْرِئٍ ، فأشْبَهَ ما لو قَضَى فى غَيْبَتِه .

فصل : فإن رَجَع المَضْمُونُ له على الضَّامِنِ ، فاسْتَوْفَى منه مَرَّةً ثانِيَةً ، رَجَع على المَضْمُونِ عنه بما قَضاه ثانِيًا ؛ لأنَّه أبْرَأ به ذِمَّتَه ظاهِرًا . قال القاضى : ويَحْتَمِلُ أنَّ له الرُّجُوعَ بالقَضاءِ الأوَّلِ دُونَ الثَّانى ؛ لأنَّ البَراءَةَ حَصَلَتْ به فى الباطِنِ . ولأصحابِ الشافعىِّ وَجْهان كهذَيْن ، ووَجْهٌ ثالِثٌ ، أنَّه لا يَرْجِعُ بشىءٍ بحالٍ ؛ لأنَّ الأوَّلَ ما أبْرَأه ظاهِرًا ، والثَّانِىَ ما أبْرَأه باطِنًا . ولَنا ، أنَّ الضَّامِنَ أدَّى عن المَضْمونِ عنه بإذْنِه إذا أبْرَأه ظاهِرًا وباطِنًا فرَجَعَ به ، كما لو قامَتْ به بَيِّنَةٌ . والوَجْهُ الأوَّلُ أرْجَحُ ؛ لأنَّ القَضاءَ المُبْرِئَ فى الباطِنِ ما أوْجَبَ الرُّجُوعَ ، فيَجِبُ أن يَجِبَ بالثانِى(١) المُبْرِئِ (٢فى الظَّاهِرِ٢) .

الإنصاف

مَيِّتًا أو غائبًا ، فهل يرْجِعُ ؟ فيه احْتِمالان مُطْلَقان فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » . قطَع فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، أنَّه لا يكْفِى شاهِدٌ واحِدٌ . وقال فى « الكُبْرَى » : قلتُ : بلَى ، ويحْلِفُ معه . فلوِ ادَّعَى الإشْهادَ ، وأنْكَرَه المَضْمونُ عنه ، فهل يُقْبَلُ قَوْلُه ؟ فيه وَجْهان ، أطْلَقهما فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وإنْ قَضاه بغيرِ إشْهادٍ ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ القَضاءُ

---

(١) فى م : « بالباق » .

(٢ - ٢) فى م : « بالظاهر » .

المقنع

وَإِنِ اعْتَرَفَ بِالْقَضَاءِ ، وَأَنْكَرَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ ، لَمْ يُسْمَعْ إِنْكَارُهُ .

الشرح الكبير

١٨٤٠ – مسألة : (وإنِ اعْتَرَفَ) المَضْمُونُ له (بالقَضاءِ ، وأنْكَرَ المَضْمُونُ عنه ، لم يُسْمَعْ إنْكارُه) لأنَّ ما فى ذِمَّتِه حَقٌّ للمَضْمُونِ له ، فإذا اعْتَرفَ بالقَبْضِ مِن الضّامِنِ ، فقد اعْتَرَفَ بأنَّ الحَقَّ الذى له صار للضّامِنِ ، فيَجِبُ أن يُقْبَلَ إقْرارُه ؛ لكَوْنِه إقْرارًا فى حَقِّ نَفْسِه . وفيه وَجْهٌ آخرُ ، أنَّه لا يُقْبَلُ ؛ لأنَّ الضّامِنَ مُدَّعٍ لِما يَسْتَحِقُّ به الرُّجُوعَ على المَضْمُونِ عنه ، وقولُ المَضْمُونِ له شَهادَةٌ على فِعْلِ نَفْسِه ، فلا تُقْبَلُ .

الإنصاف

بحَضْرَةِ المَضْمونِ عنه ، أو فى غَيْبَتِه ، فإنْ كان بحَضْرَتِه ، رجَع . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . صحَّحه فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايتَيْن » . وجزَم به فى « التَّلْخيصِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، وغيرِهما . وقيل : ليس له الرُّجوعُ . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الحاوِيَيْن » . وإنْ كان القَضاءُ فى غَيْبَةِ المَضْمونِ عنه[1] ، لم يرْجِعْ عليه ، قوْلًا واحِدًا .

قوله : وإنِ اعْتَرَفَ بالقَضاءِ – أيِ المَضْمونُ له – وأنْكَرَ المَضْمونُ عنه ، لم يُسْمَعْ إنْكارُه . ويرْجِعُ عليه . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، و غيرِهم . قال فى « التَّلْخيصِ » : رجَع ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال الشَّارِحُ : هذا أصحُّ . قال فى « الفُروعِ » : رجَع فى الأصحِّ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، لا يرْجِعُ . وهو

(١) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

والأَوَّلُ أَصَحُّ ، وشَهادَةُ الإنسانِ على فِعْلِ نَفْسِه صَحِيحةٌ ، كشَهادَةِ المُرْضِعَةِ بالرَّضاعِ ، وقد ثَبَت ذلك بخَبَرِ عُقْبَةَ بنِ الحارِثِ[1] .

الإنصاف

احْتِمالٌ لأبى الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » . وأَطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » .

فائدتان ؛ الأُولَى ، لو قال المَضْمونُ له : بَرِئْتَ إلَىَّ مِنَ الدَّيْنِ . فهو مُقِرٌّ بقَبْضِه . ولو قال : بَرِئْتَ . ولم يقُلْ : إلَىَّ . لم يكُنْ مُقِرًّا بالقَبْضِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وصحَّحه . وقيل : يكونُ مُقِرًّا به . واخْتارَه القاضى ، قالَه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، قال فى « المُنَوِّرِ » : وإنْ قال رَبُّ الحقِّ للضَّامِنِ[2] : بَرِئْتَ إلَىَّ مِنَ الدَّيْنِ . فهو مُقِرٌّ بقَبْضِه . وأَطْلَقَهما فى « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » . ولو قال : أَبْرَأْتُك . لم يكُنْ مُقِرًّا بالقَبْضِ ، قوْلًا واحدًا . الثَّانيةُ ، لو قال : وهَبْتُك الحقَّ . فهو تَمْلِيكٌ ، فيرْجِعُ على المَضْمونِ عنه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : هو إبْراءٌ ، فلا رُجوعَ .

---

(1) وذلك ما روى عن عقبة بن الحارث أنه قال : تزوجت امرأة ، فجاءتنا امرأة سوداء ، فقالت : أرضعتكما ، فأتيت النبى ﷺ ، فقلت : تزوجت فلانة بنت فلان ، فجاءتنا امرأة سوداء ، فقالت لى : إنى قد أرضعتكما . وهى كاذبة . فأعرض عنه ، فأتيته من قبل وجهه فقلت: إنها كاذبة . قال : « كيف بها وقد زعمت أنها قد أرضعتكما ، دعها عنك » .

أخرجه البخارى ، فى : باب تفسير المشبهات ، من كتاب البيوع ، وفى : باب شهادة المرضعة ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٣/ ٧٠ ، ٧/ ١٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى شهادة المرأة الواحدة فى الرضاع ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ٥/ ٩٣ . والنسائى ، فى : باب الشهادة فى الرضاع ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/ ٩٠ . والدارمى ، فى : باب شهادة المرأة الواحدة على الرضاع ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٥٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/ ٧ ، ٨ ، ٣٨٤ .

(2) فى الأصل ، ط : « الضامن » .

المقنع

وَإِنْ قَضَى الْمُؤَجَّلَ قَبْلَ أَجَلِهِ ، لَمْ يَرْجِعْ حَتَّى يَحِلَّ . وَإِنْ مَاتَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ أَوِ الضَّامِنُ ، فَهَلْ يَحِلُّ الدَّيْنُ عَلَيْهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ، وَأَيُّهُمَا حَلَّ عَلَيْهِ ، لَمْ يَحِلَّ عَلَى الْآخَرِ .

الشرح الكبير

١٨٤١ - مسألة : (وإن قَضَى المُؤَجَّلَ قبلَ أجلِه ، لم يَرْجِعْ حتى يَحِلَّ) لأنَّه لا يَجِبُ له أكْثَرُ ممّا كان للغَرِيمِ ، ولأنَّه[1] تَبَرَّعَ بالتَّعْجيلِ ، وإن أحالَه كانتِ الحَوالَةُ بمَنْزِلَةِ تَقْبيضِه ، ورَجَع بالأقلِّ مِمّا أحالَ به أو قَدْرِ الدَّيْنِ ، سواءٌ قَبَضَ الغَرِيمُ مِن المُحالِ عليه ، أو أبْرَأه ، أو تَعَذَّرَ عليه الاسْتِيفاءُ ، لفَلَسٍ أو مَطْلٍ ؛ لأنَّ الحَوالَةَ كالإِقْباضِ .

١٨٤٢ - مسألة : (وإن مات الضّامِنُ أو المَضْمُونُ عنه ، فهل يَحِلُّ الدَّيْنُ ؟ على رِوايَتَيْن . وأيُّهما حَلَّ عليه ، لم يَحِلَّ على الآخرِ) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّه إذا ضَمِن دَيْنًا مُؤَجَّلًا ، فماتَ أحَدُهما ؛ إمّا الضّامِنُ أو المَضْمُونُ عنه ، فهل يَحِلُّ الدَّيْنُ على المَيِّتِ منهما ؟ على رِوايَتَيْنِ يَأْتِي ذِكْرُهما .

الإنصاف

قوله : وإنْ ماتَ المَضمونُ عنه ، أوِ الضَّامِنُ ، فهل يحِلُّ الدَّيْنُ ؟ على رِوايتَيْن . وأطْلَقَهما فى « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ؛ إحْداهما ، لا يحِلُّ . وهو المذهبُ . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الحاوِيَيْن » . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايتَيْن » . والثَّانيةُ ، يحِلُّ . وقال ابنُ أبى مُوسى : إذا ماتَ المَضْمونُ عنه قبلَ مَحِلِّ الدَّيْنِ مُفْلِسًا به ، لم يكُنْ للمَضْمونِ له مُطالَبَةُ الضَّامِنِ قبلَ مَحِلِّه . وإنْ خلَّف وَفاءً بالحَقِّ ، فهل يحِلُّ بمَوْتِه ؟ على رِوايتَيْن ؛ إحْداهما ، يحِلُّ . والأُخْرَى ، لا يحِلُّ [١٢٤/٢و]

---

(١) فى الأصل : « لا » .

الشرح الكبير

فإن قُلْنا : يَحِلُّ على المَيِّتِ . لم يَحِلَّ على الآخرِ ؛ لأنَّ الدَّيْنَ لا يَحِلُّ على شَخْصٍ بمَوْتِ غيرِه . فإن كان المَيِّتُ المَضْمُونَ عنه ، لم يَسْتَحِقَّ مُطالَبَةَ الضَّامِنِ قبلَ الأجَلِ ، فإن قضاه قبلَ الأجَلِ كان مُتَبرِّعًا بتَعْجِيلِ القَضاءِ ، وهل له [٧٢/٤ظ] مُطالَبَةُ المَضْمُونِ عنه قبلَ الأجَلِ ؟ يُخَرَّجُ على الرِّوايَتَيْنِ فى مَن قَضَى الدَّيْنَ بغيرِ إذْنِ مَن هو عليه . وإن كان المَيِّتُ الضَّامِنَ ، فاسْتَوْفَى الغَرِيمُ مِن تَرِكَتِه ، لم يَكُنْ لوَرَثَتِه مُطالَبَةُ المَضْمُونِ عنه حتى يَحِلَّ الحَقُّ ؛ لأنَّه مُؤَجَّلٌ عليه ، فلا يَسْتَحِقُّ مُطالَبَتَه قبل أجَلِه . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ . وحَكَى زُفَرُ أنَّ لهم مُطالَبَتَه ؛ لأنه أدْخَلَه فى ذلك مع عِلْمِه أنَّه يَحِلُّ بمَوْتِه . ولَنا ، أنَّه دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، فلا يَجُوزُ مُطالَبَتُه به قبلَ الأجَلِ ، كما لو لم يَمُتْ . وقَوْلُه[1] : أدْخَلَه فيه . قُلْنا : إنَّما أدْخَلَه فى المُؤَجَّلِ ، وحُلُولُه بسَبَبٍ مِن جِهَتِه ، فهو كما لو قَضَى قبلَ الأجَلِ .

الإنصاف

إذا وَثُقَ الوَرَثَةُ .

تنبيه : ذكَر المُصَنِّفُ هنا الرِّوايتَيْن [2]فيما إذا ماتَ أحدُهما ، وهى طَرِيقَةُ المُصَنِّفِ ، والشَّارِحِ ، وابنِ مُنَجَّى . وقيل : محَلُّ الرِّوايتَيْن[2] فيما إذا ماتا معًا . وهى طَرِيقَةُ صاحِبِ « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » . فجزَمُوا بعَدَمِ الحُلولِ إذا ماتَ أحدُهما ، وأطْلَقُوا الرِّوايتَيْن فيما إذا ماتا معًا . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وإنْ ماتا معًا ، وقيل : أوِ المَدْيونُ وحدَه ، حَلَّ . فجزَم

---

(١) فى م : « قولهم » .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

المقنع

وَيَصِحُّ ضَمَانُ الْحَالِّ مُؤَجَّلًا . وَإِنْ ضَمِنَ الْمُؤَجَّلَ حَالًّا ، لَمْ يَلْزَمْهُ قَبْلَ أَجَلِهِ ، فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

١٨٤٣ – مسألة : (ويَصِحُّ ضَمانُ الحالِّ مُؤَجَّلًا . وإن ضَمِن المُؤَجَّلَ حالًّا ، لم يَلْزَمْه قبلَ أجَلِه ، فى أصَحِّ الوَجْهَيْن) إذا ضَمِن الدَّيْنَ الحالَّ مُؤَجَّلًا ، صَحَّ ، ويَكُونُ حالًّا على المَضْمُونِ عنه مُؤَجَّلًا على الضّامِنِ ، يَمْلِكُ مُطالَبَةَ المَضْمُونِ عنه دُونَ الضّامِنِ . وبه قال الشافعىُّ . قال أحمدُ ، فى رجلٍ ضَمِن ما على فُلانٍ أن يُؤَدِّيَه فى ثَلاثِ سِنِينَ : فهو عليه ، ويُؤَدِّيه كما ضَمِن . وَوَجْهُ ذلك ، ما روَى ابنُ عَبّاسٍ ، أنَّ رَجُلًا لَزِم غَرِيمًا له بعَشَرَةِ دَنانِيرَ ، على عَهْدِ رسولِ اللهِ ﷺ ، فقال : ما عِنْدِى شىءٌ أُعْطِيكَه . فقال : واللهِ لا فارَقْتُكَ حتى تُعْطِيَنِى أو تَأْتِيَنِى بحَمِيلٍ . فَجَرَّه إلى النبىِّ ﷺ ، فقال له النبىُّ ﷺ : « كَمْ تَسْتَنْظِرُهُ ؟ » . فقال : شَهْرًا . فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « فَأَنَا أَحْمِلُ » . فجاءَه به فى الوَقْتِ الذى قال النبىُّ ﷺ ، فقال له النبىُّ ﷺ : « مِنْ أَيْنَ أَصَبْتَ هَذَا ؟ » . قال : مِن مَعْدِنٍ . قال : « لَا خَيْرَ فِيهَا » . وقَضاها عنه . رَواه ابنُ ماجه[1] .

الإنصاف

بالحُلولِ إذا ماتا معًا .

قوله : ويَصِحُّ ضَمانُ الحَالِّ مُؤَجَّلًا . بلا نِزاعٍ . نصَّ عليه ؛ فلصاحِبِ الحقِّ مُطالَبَةُ المَضْمونِ عنه فى الحالِّ ، دُونَ الضَّامِنِ .

قوله : وإنْ ضَمِنَ المُؤَجَّلَ حالًّا ، لم يلْزَمْه قبلَ أجَلِه ، فى أصَحِّ الوَجْهَين .

---

(١) فى : باب الكفالة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢/٨٠٤ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى استخراج المعادن ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢١٧ ، ٢١٨ .

الشرح الكبير

ولأنه ضَمِن مالًا بعَقْدٍ مُؤَجَّلٍ ، فكانَ مُؤَجَّلًا ، كالبَيْعِ . فإن قِيلَ : فعندَكم الدَّيْنُ الحالُّ لا يَتأَجَّلُ ، فكَيْفَ تَأَجَّلَ على الضّامِنِ ؟ أم كيف يَثْبُتُ فى ذِمَّةِ الضّامِنِ على غيرِ الوَصْفِ الذى يَتَّصِفُ به فى ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه ؟ قُلْنا : الحَقُّ يَتأَجَّلُ فى ابْتِداءِ ثُبُوتِه (١إذا كان ثُبُوتُه١) بعَقْدٍ ، وهذا ابْتداءُ ثُبُوتِه فى حَقِّ الضّامِنِ ، فإنَّه لم يَكُنْ ثابِتًا عليه حالًّا ، ويَجُوزُ أن يُخالِفَ ما فى ذِمَّةِ الضّامِنِ الذى فى ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه ، بدَلِيلِ ما لو مات المَضْمُونُ عنه والدَّيْنُ مُؤَجَّلٌ . إذا ثَبَت هذا ، فكان الدَّيْنُ حالًّا فضَمِنَه إلى شَهْرَيْنِ ، لم يَكُنْ له مُطالَبَةُ الضّامِنِ إلى شَهْرَيْنِ(٢) ، فإن قَضاه قبلَ الأَجَلِ ، فله الرُّجُوعُ به فى الحالِ ، على الرِّوايَةِ التى تَقُولُ : إنَّه إذا قَضَى دَيْنَه بغيرِ إذْنِه ، رَجَع به ؛ لأنَّ أكْثَرَ(٣) ما فيه ههُنا ، أنَّه قضَى بغيرِ إذْنٍ . وعلى الرِّوايَةِ الأُخْرَى ، لا يَرْجِعُ به قبلَ الأَجَلِ ؛ لأنَّه لم يَأْذَنْ له فى القَضاءِ

الإنصاف

(٤وهو المذهبُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . والوَجْهُ الآخَرُ ، يلْزَمُه قبلَ أجَلِه٤) .

تنبيه : أفادَنا المُصَنِّفُ ، رَحِمَه اللهُ ، صِحَّةَ ضَمانِ المُؤَجَّلِ حالًّا . (٤وهو صحيحٌ٤) ، وهو المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وقيل : لا يصِحُّ . وأطْلَقَهما

(١ - ١) سقط من : ر ١ ، م .

(٢) فى م : « شهر » .

(٣) سقط من : ر ١ ، م .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل ، ط .

الشرح الكبير

قبل ذلك .

فصل : فإن كان الدَّيْنُ مُؤَجَّلًا فضَمِنَه [٤/٧٣و] حالًّا ، لم يَصِرْ حالًّا ، ولم يَلْزَمْه أداؤُه قبلَ أجَلِه ؛ لأنَّ الضّامِنَ فَرْعٌ للمَضْمُونِ عنه ، فلا يَلْزَمُه ما لا يَلْزَمُه ، ولأنَّ المَضْمُونَ عنه لو أَلْزَمَ نَفْسَه تَعْجِيلَ هذا الدَّيْنِ ، لم يَلْزَمْه تَعْجِيلُه ، فبأن لا يَلْزَمَ الضّامِنَ أَوْلَى ، ولأنَّ الضَّمانَ الْتِزامُ دَيْنٍ فى الذِّمَّةِ ، فلا (١)يَجُوزُ أن يَلْتَزِمَ(١) ما لا(٢) يَلْزَمُ المَضْمُونَ عنه . فعلى هذا ، إن قَضاه حالًّا ، لم يَرْجِعْ به قبلَ أجَلِه ؛ لأنَّ ضَمانَه لم يُغَيِّرْه عن تأْجِيلِه . والفَرْقُ بينَ هذه المَسْأَلَةِ والتى قَبْلَها ، أنَّ الدَّيْنَ الحالَّ ثابتٌ فى الذِّمَّةِ ، مُسْتَحِقٌّ القَضاءِ فى جَمِيعِ الزَّمانِ ، فإذا ضَمِنَه مُؤَجَّلًا فقد الْتَزَمَ بعضَ ما يَجِبُ على المَضْمُونِ عنه ، فصَحَّ ، كما لو كان الدَّيْنُ عَشَرَةً فضَمِنَ خَمْسَةً ، وأمّا الدَّيْنُ المُؤَجَّلُ ، فلا يُسْتَحَقُّ قَضاؤُه إلَّا عند أجَلِه ، فإذا ضَمِنَه حالًّا ، الْتَزَمَ ما لم يَجِبْ على المَضْمُونِ عنه ، أشْبَهَ ما لو كان الدَّيْنُ عَشَرَةً فضَمِنَ عِشْرِين . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه يَصِحُّ ضَمانُ المُؤَجَّلِ حالًّا ، كما يَصِحُّ ضَمانُ الحالِّ مُؤَجَّلًا ، قِياسًا عليه . وقد ذَكَرْنا الفَرْقَ بينَهما بما يَمْنَعُ القِياسَ ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

فصل : ولا يَدْخُلُ الضَّمانَ والكَفالَةَ خِيارٌ ؛ لأنَّ الخِيارَ جُعِلَ(٣)

الإنصاف

فى « التَّلْخيصِ » .

(١ - ١) فى ر ١ : « يلزم » .

(٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

لِيُعْرَفَ ما فيه الحَظُّ ، والضَّمِينُ والكَفِيلُ دَخلا على أنَّه لا حَظَّ لهما ، ولأنَّه عَقْدٌ لا يَفْتَقِرُ إلى القَبُولِ ، فلم يَدْخُلْه خِيارٌ ، كالنَّذْرِ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشافعيُّ . ولا نَعْلَمُ فيه خلافًا . فإن شَرَطَ الخيارَ فيهما[1] ، فقال القاضى : عندِى أنَّ الكَفالةَ تَبْطُلُ . وهو مَذْهَبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه شَرْطٌ يُنافِى مُقْتَضاها ، ففَسَدَتْ ، كما لو شَرَطَ أن لا يُؤَدِّىَ عن المَكْفُولِ به ، وذلك لأنَّ مُقْتَضَى الضَّمانِ والكَفالَةِ لُزُومُ ما ضَمِنَه أو كَفَل به ، والخِيارُ يُنافِى ذلك . ويَحْتَمِلُ أن يَبْطُلَ الشَّرْطُ وَحْدَه ، كما قلنا فى الشُّرُوطِ الفاسِدَةِ فى البَيْعِ . ولو أقَرَّ أنَّه كَفَل بشَرْطِ الخِيارِ ، لَزِمَتْه الكَفالَةُ ، وبَطَل الشَّرْطُ ؛ لأنَّه وَصَل بإقْرارِه ما يُبْطِلُه ، فأشْبَهَ اسْتِثْناءَ الكلِّ .

فصل : وإذا ضَمِن رَجُلان عن رجلٍ أَلْفًا ضَمانَ اشْتِراكٍ ، فقالا : ضَمِنَّا لك الأَلْفَ الذى على زَيْدٍ . فكلُّ واحدٍ منهما ضامِنٌ لِنِصْفِه . وإن كانوا ثَلاثَةً ، فكلُّ واحِدٍ ضَامِنٌ ثُلُثَه . فإن قال واحِدٌ منهم : أنا وهذان ضامِنُون لك الأَلْفَ . فسَكَتَ الآخَرانِ ، فعليه ثُلُثُ الأَلْفِ ، ولا شىءَ عليهما . وإن قال كلُّ واحدٍ منهم : كلُّ واحدٍ مِنَّا ضامِنٌ لك الأَلْفَ . فهذا ضَمانُ اشْتِراكٍ وانْفِرادٍ ، وله مُطالَبَةُ كلِّ واحدٍ منهم بالأَلْفِ إن شاء . وإن أدَّى أحَدُهُم الأَلْفَ كلَّه ، أو حِصَّتَه منه ، لم يَرْجِعْ إلَّا على المَضْمُونِ عنه ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ [٧٣/٤ظ] منهم ضامِنٌ أصْلِيٌّ ، وليس بضامِنٍ عن الضَّامِنِ الآخَرِ .

الإنصاف ....

(١) فى م : « فيها » .

المقنع

فَصْلٌ فِى الْكَفَالَةِ : وَهِىَ الْتِزَامُ إِحْضَارِ الْمَكْفُولِ بِهِ . وَتَصِحُّ بِبَدَنِ مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، وَبِالْأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ .

الشرح الكبير

فصل : قال الشَّيْخُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : (الكَفالةُ ؛ الْتِزامُ إحْضارِ المَكْفُولِ به) وجملةُ ذلك ، أنَّ الكَفالَةَ بالنَّفس صَحِيحَةٌ فى قولِ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ ؛ منهم شُرَيْحٌ ، ومالكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، واللَّيْثُ ، وأبو حنيفةَ . وقال الشافعىُّ فى بعضِ أقْوالِه : الكَفالَةُ بالبَدَنِ ضَعِيفةٌ . واخْتَلَفَ أصحابُه ؛ فمِنْهُم مَن قال : هى صَحِيحَةٌ قولًا واحِدًا وإنَّما أرادَ أنَّها ضَعِيفَةٌ فى القِياسِ ، وإن كانت ثابِتَةً بالإِجْماعِ والأثَرِ . ومنهم مَن قال : فيها قَوْلان ؛ أحدُهما ، أنَّها غيرُ صَحِيحَةٍ ؛ لأنَّها كَفالَةٌ بعَيْنٍ ، فلم تَصِحَّ ، كالكَفالَةِ بالوَجْهِ وبَدَنِ الشَّاهِدَيْنِ . ولَنا ، قَوْلُه تعالى : ﴿ قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ ٱللهِ لَتَأْتُنَّنِى بِهِۦٓ إِلَّآ أَن يُحَاطَ بِكُمْ ﴾[1] . ولأنَّ ما وَجَب تَسْلِيمُه بعَقْدٍ ، وَجَب تَسْلِيمُه بعَقْدِ الكَفالَةِ ، كالمالِ .

١٨٤٤ – مسألة : (وتَصِحُّ ببَدَنِ مَن عليه دَيْنٌ ، وبالأعْيانِ المَضْمُونةِ) تَصِحُّ الكَفالَةُ ببَدَنِ كلِّ مَن يَلْزَمُه الحُضورُ فى مَجْلِسِ الحُكْمِ

الإنصاف

تنبيهان ؛ أحدُهما ، ظاهِرُ قوْلِه فى الكَفالَةِ : وهى التِزامُ إحْضارِ المَكْفُولِ به . أنَّه سواءٌ كان المَكْفُولُ به حاضِرًا أو غائبًا ، بإذْنِه ، [2]بلا نِزاعٍ[2] ، وبغيرِ إذْنِه ، على خِلافٍ يأْتِى فى كلامِ المُصَنِّفِ قَرِيبًا . وقيل : لا تصِحُّ كَفالَةُ المَدْيُونِ إلَّا بإذْنِه . الثَّانِى ، قوْلُه : وتصِحُّ ببَدَنِ مَن عليه دَيْنٌ . يعْنِى ، ببَدَنِ كلِّ مَن يلْزَمُه

---

(١) سورة يوسف ٦٦ .

(٢ – ٢) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

بدَيْنٍ لازمٍ ، سواءٌ كان مَعْلُومًا أو مَجْهُولًا . وقال بعضُ الشَّافعِيَّةِ : لا تَصِحُّ مِمَّن عليه دَيْنٌ مَجْهُولٌ ؛ لأنَّه قد يَتَعَذَّرُ إحْضارُ المَكْفُولِ فيَلْزَمُه الدَّيْنُ ، ولا يُمْكِنُه طَلَبُه منه ؛ لجَهْلِه . ولَنا ، أنَّ الكَفالَةَ بالبَدَنِ لا بالدَّيْنِ ، والبَدَنُ مَعْلُومٌ ، فلا تَبْطُلُ الكَفالَةُ لِاحْتِمالِ عارِضٍ ، ولأنَّا قد بَيَّنَّا أنَّ ضَمانَ[1] المَجْهُولِ يَصِحُّ ، وهو الْتِزامُ المالِ ابْتِداءً ، فالكَفالَةُ التى لا تَتَعَلَّقُ بالمالِ ابْتِداءً أوْلَى . وتَصِحُّ الكَفالَةُ بالصَّبِىِّ والمَجْنُونِ ؛ لأنَّهما[2] قد يَجِبُ إحْضارُهما مَجْلِسَ الحاكِمِ للشَّهادَةِ عليهما بالإتْلافِ ، وإذْنُ وَلِيِّهما يَقُومُ مَقامَ إذْنِهما . وتَصِحُّ بِبَدَنِ[3] المَحْبُوسِ والغائِبِ . وقال أبو حنيفةَ : لا تَصِحُّ . ولَنا ، أنَّ كلَّ وَثِيقةٍ صَحَّتْ مع الحُضُورِ ، صَحَّتْ مع الغَيْبَةِ والحَبْسِ ، كالرَّهْنِ والضَّمانِ ، ولأنَّ الحَبْسَ لا يَمْنَعُ مِن التَّسْلِيمِ ؛ لكَوْنِ المَحْبُوسِ يُمْكِنُ تَسْلِيمُه بأمْرِ الحاكِمِ ، أو أمْرِ مَن حَبَسَهُ ، ثم يُعِيدُه إلى الحَبْسِ بالحَقَّيْنِ جَمِيعًا ، والغائِبُ يَمْضِى إليه

الإنصاف

الحُضُورُ إلى مَجْلِسِ الحُكْمِ بدَيْنٍ لازمٍ مُطْلَقًا ، يَصِحُّ ضَمانُه .

قوْلُه : وبالأعْيانِ المَضْمونَةِ . يعْنِى ، يصِحُّ أنْ يكْفُلَها ، بحيثُ إنَّه إذا تعذَّرَ إحْضارُها ، يضْمَنُها ، إلَّا أنْ تتْلَفَ بفِعْلِ اللهِ تعالَى ، على ما يأْتِى . قال الزَّرْكَشِىُّ : فى صِحَّةِ كَفالَةِ العَيْنِ المَضْمونَةِ وَجْهان . ولم أرَ الخِلافَ لغيرِه .

فائدة : تنْعَقِدُ الكَفالَةُ بألْفاظِ الضَّمانِ المُتَقَدِّمَةِ كلِّها . على الصَّحيحِ مِنَ

---

(١) فى م : « الضمان » .

(٢) فى م : « لأنه » .

(٣) فى الأصل : « بدين » .

المقنع

وَلَا تَصِحُّ بِبَدَنِ مَنْ عَلَيْهِ حَدٌّ أَوْ قِصَاصٌ ،.................

الشرح الكبير

فيُحْضِرُه إن كانتِ الغَيْبَةُ غيرَ مُنْقَطِعَةٍ ، وهو أن يَعْلَمَ خَبَرَه ، وإن لم يَعْلَمْ خَبَرَه ، لَزِمَه ما[1] عليه . قالَه القاضى . وقال فى مَوْضعٍ آخَرَ : لا يَلْزَمُه ما[1] عليه ، حتى تَمْضِىَ مُدَّةٌ يُمْكِنُه الرَّدُّ فيها ولا يَفْعَلُ . وتَصِحُّ بالأعيانِ المَضْمُونَةِ ، كالغُصُوبِ والعَوارِى ؛ لأَنَّه يَصِحُّ ضَمانُها ، وقد ذَكَرْنا صِحَّةَ ضَمانِها .

١٨٤٥ – مسألة : (ولا تَصِحُّ ببَدَنِ مَن عليه حَدٌّ أو قِصاصٌ) سواءٌ كان حَقًّا للهِ تعالى ، كحَدِّ الزِّنَى والسَّرِقَةِ ، أو لآدَمِىٍّ ، كحَدِّ القَذْفِ والقِصاصِ . وهو قولُ أكْثَرِ[1] العُلَماءِ ؛ منهم [٧٤/٤و] شُرَيْحٌ ، والحَسَنُ ، وإسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ[2] ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصحابُ الرَّأْىِ .

الإنصاف

المذهبِ . وقيل : لا تنْعَقِدُ بلَفْظِ : حَمِيلٍ ، وقَبِيلٍ . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ .

قولُه : ولا تصِحُّ ببَدَنِ مَن عليه حَدٌّ أو قِصاصٌ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : تصِحُّ . واخْتارَه فى « الفائقِ » .

تنبيه : قوْلُه : ولاتصِحُّ ببَدَنِ مَن عليه حدٌّ أو قِصاصٌ . شَمِلَ سواءً كان حقًّا للهِ[3] ؛ كحَدِّ الزِّنَى ، والسَّرِقَةِ ، ونحوِهما ، أو لآدَمِىٍّ ، كحَدِّ القَذْفِ ، والقِصاصِ . وكوْنُ مَن عليه حَدٌّ أو قِصاصٌ لا تصِحُّ كَفالتُه ، مِن مُفْرَداتِ المذهبِ .

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى الأصل : « عبيدة » .

(٣) فى الأصل ، ط : « فيه » .

المقنع

وَلَا بِغَيْرِ مُعَيَّنٍ، كَأَحَدِ هَذَيْنِ .

الشرح الكبير

والشافعىُّ فى حُدُودِ اللهِ تعالى . واخْتَلَفَ قَوْلُه فى حُدُودِ الآدَمِىِّ ، فقال فى مَوْضِعٍ : لا كَفالَةَ فى حَدٍّ ولا لِعانَ . وقال فى موضعٍ : تَجُوزُ الكَفالَةُ بمَن عليه حَقٌّ أو حَدٌّ ؛ لأنَّه حَقٌّ لآدَمِىٍّ ، فصَحَّتِ الكَفالَةُ به ، كسائِرِ حُقُوقِ الآدَمِيِّينَ . ولَنا ، ما روَى عَمْرُو بنُ شُعَيْبٍ ، عن أبِيه ، عن جَدِّه ، عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « لَا كَفَالَةَ فِى حَدٍّ »[1] . ولأنَّه حَدٌّ ، فلم تَصِحَّ الكَفالَةُ فيه ، كَحُدُودِ اللهِ تعالى ، ولأنَّ الكَفالَةَ اسْتِيثاقٌ ، والحُدُودُ مَبْناها على الإِسْقاطِ والدَّرْءِ بالشُّبُهاتِ ، فلا يَدْخُلُ فيها الاسْتِيثاقُ ، ولأنَّه حَقٌّ لا يَجُوزُ اسْتِيفاؤُه مِن الكَفِيلِ إذا تَعَذَّرَ عليه إحْضارُ المَكْفُولِ به ، فلا تَصِحُّ الكَفالَةُ بمَن هو عليه ، كحَدِّ الزِّنَى .

فصل : ولا تَجُوزُ الكَفالَةُ بالمُكاتَبِ مِن أجْلِ دَيْنِ الكِتابَةِ ؛ لأنَّ الحُضُورَ لا يَلْزَمُه ، فلا تَجُوزُ الكَفالَةُ به ، كدَيْنِ الكِتابَةِ .

١٨٤٦ - مسألة : (ولا) تَصِحُّ (بغيرِ مُعَيَّنٍ ، كأحَدِ هذين)

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، تصِحُّ الكَفالَةُ لأخْذِ مالٍ ، كالدِّيَةِ ، وغُرْمِ السَّرِقَةِ . الثَّانيةُ ، لاتصِحُّ الكَفالَةُ بزَوْجِه ، أو شاهِدٍ .

قوله : ولا بغيرِ مُعَيَّنٍ ، كأحَدِ هَذَيْن . هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، وقطَع به أكثرُهم . وقيل : يصِحُّ ؛ لأنَّه تبَرُّعٌ ، فهو كالإِعارَةِ والإِباحَةِ . ذكَرَه

---

(١) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى الكفالة ببدن من عليه حق ، من كتاب الضمان . السنن الكبرى ٦ / ٧٧ .

المقنع

وَإِنْ كَفَلَ بِجُزْءٍ شَائِعٍ مِنْ إِنْسَانٍ أَوْ عُضْوٍ ، أَوْ كَفَلَ بِإِنْسَانٍ عَلَى أَنَّهُ إِنْ جَاءَ بِهِ ، وَإِلَّا فَهُوَ كَفِيلٌ بِآخَرَ ، أَوْ ضَامِنٌ مَا عَلَيْهِ ، صَحَّ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

لأنَّه غيرُ مَعْلُومٍ فى الحالِ ولا فى المآلِ ، فلا يُمْكِنُ تَسْلِيمُه .

١٨٤٧ – مسألة : (وإن كَفَل بجُزْءٍ شائعٍ مِن إنسانٍ أو عُضْوٍ ، أو كَفَل بإنسانٍ على أنَّه إن جاءَ به ، وإلَّا فهو كَفِيلٌ بآخَرَ ، أو ضامِنٌ ما عليه ، صَحَّ ، فى أحدِ الوَجْهَيْن) أمّا إذا قال : أنا كَفِيلٌ بفُلانٍ . أو : بنَفْسِه . أو ببَدَنِه . أو : بوَجْهِه . كان كفِيلًا به . فإن كَفَل برَأْسِه أو كَبِدِه ، أو جُزْءٍ لا تَبْقَى الحَياةُ بدُونِه ، أو بجُزْءٍ شائعٍ منه ، كثُلُثِه أو رُبْعِه ، صَحَّتِ الكَفالَةُ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه إحْضارُ ذلك إلَّا بإحْضارِه كُلِّه . وقال القاضى : لا[١] تَصِحُّ الكَفالةُ ببعضِ البَدَنِ ؛ لأنَّ ما لا يَسْرِى إذا خُصَّ[٢] به عُضْوٌ ، لم يَصِحَّ ، كالبَيْعِ والإجارةِ . فإن كَفَل بعُضْوٍ[٣] تَبْقَى الحَياةُ بعد زَوالِه ، كاليَدِ والرِّجْلِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، تَصِحُّ الكَفالَةُ .

الإنصاف

فى « القاعِدَةِ الخامِسَةِ بعدَ المِائَةِ » .

قوله : وإنْ كَفَل بجُزْءٍ شائعٍ مِن إنْسانٍ – كثُلُثِه أو رُبْعِه – صَحَّ فى أحَدِ الوَجْهَين . وأطْلَقهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ؛ أحدُهما ، يصِحُّ . وهو المذهبُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ،

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « حضر » .

(٣) فى ر ١ : « بجزء » .

الشرح الكبير

اخْتارَه أبو الخَطَّابِ . وهو أحَدُ الوَجْهين لأصحابِ الشافعىِّ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه إحْضارُ هذه الأعْضاءِ على صِفَتِها إلَّا بإحْضارِ البَدَنِ كلِّه ، أشْبَهَ الكَفالَةَ بوَجْهِه ورأْسِه ، ولأنَّه حُكْمٌ يتَعَلَّقُ بالجُمْلَةِ ، فيَثْبُتُ حُكْمُه إذا أُضِيفَ إلى البعضِ ، كالطَّلاقِ والعَتاقِ . والثّانِى ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ تَسْلِيمَه بدُونِ تَسْلِيمِ الجُمْلَةِ مُمْكِنٌ مع بقائِها .

الإنصاف

و « المُنَوِّرِ » ، و « إدْراكِ الغايَةِ » . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الكافِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم . قال فى « تَجْريدِ العِنايَةِ » : هذا الأظْهَرُ . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . والوَجْهُ الثّانِى ، لا يصِحُّ . قال القاضى ، فى « المُجَرَّدِ » : لا تصِحُّ الكَفالَةُ ببعضِ البَدَنِ .

قوله : أو عُضْوٍ ، صحَّ فى أحَدِ الوَجْهَيْن . إذا تكَفَّلَ بعُضْوٍ مِن إنْسانٍ ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ بوَجْهِه أو بغيرِه ؛ فإنْ كان بوَجْهِه ، صحَّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الكافِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « إدْراكِ الغايَةِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : وهو الظَّاهِرُ . وينْبَغِى حَمْلُ كلامِ المُصَنِّفِ عليه . وقيل : لا يصِحُّ . قال القاضى : لا يصِحُّ ببَعضِ البَدَنِ . وهو ظاهِرُ ماقدَّمه فى « الفُروعِ » . قلتُ : لم أرَ مَن صرَّح بهذا القَوْلِ . وظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، إجْراءُ[1] الخِلافِ فيه . وإنْ كانتِ الكَفالَةُ بعُضْوٍ ، غيرَ وَجْهِه ، فأطْلَقَ المُصَنِّفُ فيه وَجْهَين ، وأطْلَقهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفائقِ » ، و « الفُروعِ » ؛ أحدُهما : تصِحُّ . وهو المذهبُ . جزَم به ابنُ

(١) فى الأصل ، ا : « استحبوا » .

الشرح الكبير

فصل : إذا تَكَفَّلَ بإنْسانٍ على أنَّه إن جاء به وإلَّا فهو كَفِيلٌ بآخَرَ أو ضامِنٌ ما عليه ، لم[1] يَصِحَّ عند القاضِى فيهما ؛ لأنَّ الأوَّلَ مُؤَقَّتٌ ، والثّانِىَ مُعَلَّقٌ على شَرْطٍ . وقال أبو الخَطّابِ : يَصِحُّ فيهما ؛ لأنَّه ضَمانٌ أو كَفالَةٌ ، فيَصِحُّ تَعْلِيقُه على شَرْطٍ ، كضَمانِ العُهْدَةِ . فإن قال : إن جِئْتَ به فى وَقْتِ كذا ، وإلَّا فأنا كَفِيلٌ ببَدَنِ فلانٍ . أو : فأنا ضامِنٌ لك المالَ الذى على فُلانٍ . أو قال : إذا جاء زَيْدٌ ، فأنا ضامِنٌ لك [٧٤/٤ظ]

الإنصاف

عَبْدُوس فى « تَذْكِرَتِه » . واخْتارَه أبو الخَطَّابِ . قال فى « تَجْرِيدِ العِنايَةِ » : هذا الأظْهَرُ . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و« الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، لا تصِحُّ . اخْتارَه القاضى ، كما تقدَّم عنه . وقيل : إنْ كانتِ الحَياةُ تَبْقَى معه ؛ كاليَدِ والرِّجْلِ ، ونحوِهما ، لم يصِحَّ ، وإنْ كانتْ لاتَبْقَى معه ؛ كرَأْسِه وكَبِدِه ، ونحوِهما ، صحَّ . جزَم به فى « الوَجيزِ » . [١٢٤/٢ظ] وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وهو الصَّوابُ . قال فى « الكافِى » : قال غيرُ القاضى : إنْ كفَل بعُضْوٍ لا تبْقَى الحَياةُ بدُونِه ؛ كالرَّأْسِ ، والقَلْبِ ، والظَّهْرِ ، صحَّ ، وإنْ كان بغيرِها ؛ كاليَدِ والرِّجْلِ ، فوَجْهان .

قوله : وإنْ كفَل بإنْسانٍ على أنَّه إنْ جاءَ به ، وإلَّا فهو كَفِيلٌ بآخَرَ ، أو ضامِنٌ ما عليه ، صَحَّ فى أحَدِ الوَجْهَين . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وظاهِرُ « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، الإطْلاقُ ؛ أحدُهما ،

---

(١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

ما عليه . أو : إذا قَدِم الحاجُّ ، فأنا كَفِيلٌ بفُلانٍ . أو قال : أنا كَفِيلٌ بفُلانٍ شَهْرًا . فقال القاضِى : لا تَصِحُّ الكَفالَةُ . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ ، ومحمدِ (1)ابنِ الحَسَنِ (1)؛ لأنَّ ذلك خَطَرٌ ، فلم يَجُزْ تَعْلِيقُ الضَّمانِ والكَفالَةِ به ، كمَجِىءِ المَطَرِ ، ولأنَّه إثْباتُ حَقٍّ لآدَمِىٍّ مُعَيَّنٍ ، فلم يَجُزْ تَعْلِيقُه على شَرْطٍ ، ولا تَوْقِيتُه ، كالهِبَةِ . وقال الشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ ، وأبو الخَطّابِ : يَصِحُّ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، وأبى يُوسُفَ ؛ لأنَّه أضافَ الضَّمانَ إلى سَبَبِ الوُجُوبِ ، فيَجِبُ أن يَصِحَّ ، كضَمانِ الدَّرَكِ . والأوَّلُ أقْيَسُ .

فصل : وإن قال : كَفَلْتُ ببَدَنِ فُلانٍ ، على أن يَبْرَأَ فُلانٌ الكَفِيلُ . أو : على أن تُبْرِئَه مِن الكَفالَةِ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه شَرَط شَرْطًا لا يَلْزَمُ الوَفاءُ به ، فيَكُونُ فاسِدًا ، وتَفْسُدُ به الكَفالَةُ . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ ؛ لأنَّه شَرَط تَحْوِيل

الإنصاف

يصِحُّ . وهو المذهبُ . اخْتارَه أبو الخَطَّابِ ، والشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و« تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و« المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . ونقَل مُهَنَّا الصِّحَّةَ فى كَفِيلٍ به . والوَجْهُ الثَّانى ، لايصِحُّ . اخْتارَه القاضى فى « الجامِعِ » .

فوائد ؛ منها ، لو قال : كفَلْتُ ببَدَنِ فُلانٍ على أنْ تُبْرِئَ فُلانًا الكَفِيلَ . فسَد الشَّرْطُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : لايفْسُدُ . فعلى المذهبِ ، يفْسُدُ العَقْدُ أيضًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : ويتَوَجَّهُ وَجْهٌ ، لا يفْسُدُ .

(1 - 1) فى ر 1 : « والحسن » .

الشرح الكبير

الوَثِيقَةِ التى على الكَفِيلِ إليه . فعلى هذا ، لا تَلْزَمُه الكَفالَةُ إلَّا أن يُبْرِئَ المَكْفُولُ له الكَفِيلَ الأوَّلَ ؛ لأنه إنَّما كَفَل بهذا الشَّرْطِ ، فلا تَثْبُتُ كَفالَتُه

الإنصاف

وكذا الحُكْمُ لو قال : ضَمِنْتُ لك هذا الدَّيْنَ على أنْ تُبْرِئَنِى مِنَ الدَّيْنِ الآخَرِ . قالَه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . ومنها ، لو قال : إنْ جِئْتَ به فى وَقْتِ كذا ، وإلَّا فأنا كَفِيلٌ ببَدَنِ فُلانٍ . أو : وإلَّا فأنا ضامِنٌ ما لك على فُلانٍ . أو قال : إنْ جاءَ زَيْدٌ فأنا ضامِنٌ لك ما عليه . أو : إذا قَدِمَ الحَاجُّ فأنا كَفِيلٌ بفُلانٍ شَهْرًا . فقال القاضى : لا تصِحُّ الكَفالَةُ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : وهو أقْيَسُ . وقال الشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ ، وأبو الخَطَّابِ ، فى « الانْتِصارِ » : تصِحُّ . واعْلَمْ أنَّ أكْثَرَ هذه المَسائلِ ، وماذكَرَه المُصَنِّفُ ينْزِعُ إلى تَعْليقِ الضَّمانِ والكَفالَةِ بشَرْطٍ ، وتَوْقِيتِهما ، بل هى مِن جُمْلَتِها . قال فى « الفُروعِ » : وفى صِحَّةِ تَعْليقِ ضَمانٍ وكَفالَةٍ بغيرِ سبَبِ الحَقِّ ، وتَوْقِيتِهما ، وَجْهان ؛ فلو تكَفَّلَ به على أنَّه إنْ لم يأْتِ به ، فهو ضامِنٌ لغيرِه ، أو كَفِيلٌ به ، أو كفَلَه شَهْرًا ، فوَجْهان . انتهى . وقدَّم فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، صِحَّةَ تَعْليقِ الضَّمانِ والكَفالَةِ بالشَّرْطِ المُسْتَقْبَلِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهما . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » ، وصاحِبُ « الفائقِ » ، وأبو الخَطَّابِ ، والشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ ، وغيرُهم . وتقدَّم ذلك فى مَسْأَلَةِ المُصَنِّفِ . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وإنْ علَّق الضَّمانَ على شَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ ، صحَّ . وقيل : لا يصِحُّ إلَّا بسَبَبِ الحقِّ ؛ كالعُهْدَةِ ، والدَّرَكِ ، وما لم يجِبْ ولم يُوجَدْ بسَبَبِه ، ويصِحُّ تَوْقِيتُه بمُدَّةٍ مَعْلومَةٍ . قال : ويحْتَمِلُ عدَمُه . وهو أقْيَسُ ؛ لأنَّه وَعْدٌ . انتهى .

فائدة : قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : إنْ كفَل إلى أجَلٍ مَجْهولٍ ، لم تصِحَّ

المقنع وَلَا يَصِحُّ إِلَّا بِرِضَا الْكَفِيلِ ، وَفِى رِضَا الْمَكْفُولِ بِهِ وَجْهَانِ .

الشرح الكبير بدُونِ شَرْطِه . وإن قال : كَفَلْتُ لك بهذا الغَرِيمِ على أن تُبْرِئَنِى مِن الكَفالَةِ بفُلانٍ . أو : ضَمِنْتُ لك هذا الدَّيْنَ بشَرْطِ أن تُبْرِئَنِى مِن ضَمانِ الدَّيْنِ الآخَرِ . أو : على أن تُبْرِئَنِى مِن الكَفالَةِ بفُلانٍ . خُرِّجَ فيه الوَجْهان ، أَصَحُّهُما البُطْلانُ ؛ لأنَّه شَرَط فَسْخَ عَقْدٍ فى عَقْدٍ ، فلم يَصِحَّ ، كالبَيْعِ بشَرْطِ فَسْخِ بَيْعٍ آخَرَ . وكذلك لو شَرَط فى الكَفالَةِ أو الضَّمانِ أن يتَكَفَّلَ (١) المَكْفُولُ له ، أو (١) المكْفُولُ به بآخَرَ ، أو يَضْمَنَ دَيْنًا عليه ، أو يَبِيعَه شيئًا عَيَّنَه ، أو يُؤْجِرَه دارَه ، (٢) لم يَصِحَّ (٢) ؛ لِما ذَكَرْنا .

١٨٤٨ - مسألة : (ولا يَصِحُّ إلَّا بِرِضا الكَفِيلِ ، وفى رِضا المَكْفُولِ به وَجْهان) يُعْتَبَرُ رِضا الكَفِيلِ فى صِحَّةِ الكَفالَةِ ؛ لأنَّه لا يَلْزَمُه الحَقُّ ابْتِداءً إلَّا برِضاه ، ولا يُعْتَبَرُ رِضا المَكْفُولِ له ؛ لأنَّها وَثِيقَةٌ له لا قَبْضَ فيها ، فصَحَّتْ مِن غيرِ رِضاه ، كالشَّهادَةِ ، ولأنَّها الْتِزامُ حَقٍّ له مِن غيرِ عِوَضٍ ، فلم يُعْتَبَرْ رِضاه فيها ، كالنَّذْرِ . فأمّا رِضا المَكْفُولِ به ،

الإنصاف الكَفالَةُ ؛ لأنَّه ليس له وَقْتٌ تُسْتَحَقُّ مُطالَبَتُه فيه . وهكذا الضَّمانُ ، وإنْ جعَلَه إلى الحَصادِ والجِدادِ والعَطاءِ . وخُرِّجَ على الوَجْهَين فى الأجَلِ فى البَيْعِ . والأَوْلَى صِحَّتُه هنا . انتهيا .

قوله : ولا يصِحُّ إلَّا برِضَا الكَفِيلِ - بلا نِزاعٍ - وفى رِضَا المَكْفُولِ به - وهو المَكْفُولُ عنه - وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ،

(١ - ١) سقط من : م .

(٢ - ٢) فى م : « صح » .

المقنع

وَمَتَّى أَحْضَرَ الْمَكْفُولَ بِهِ ، وَسَلَّمَهُ ، بَرِئَ ، إِلَّا [١١٢ظ] أَنْ يُحْضِرَهُ قَبْلَ الْأَجَلِ وَفِى قَبْضِهِ ضَرَرٌ .

الشرح الكبير

ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا يُعْتَبَرُ ، كالضَّمانِ . والثّانِى ، يُعْتَبَرُ . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ مَقْصُودَها إحْضارُه ، فإذا تكَفَّلَ بغيرِ إذْنِه ، لم يَلْزَمْه الحُضُورُ معه ، ولأنَّه يَجْعَلُ لنَفْسِه حَقًّا عليه ، وهو الحُضُورُ معه مِن غيرِ رِضاه ، فلم يَجُزْ ، كما لو أَلْزَمَه الدَّيْنَ ، وفارَقَ الضَّمانَ ، فإن الضّامِنَ يَقْضِى الحَقَّ ، ولا يَحْتاجُ إلى المَضْمُونِ عنه .

١٨٤٩ - مسألة : (ومتى [١]أحضرَ المَكْفُولَ به[١] ، وسَلَّمَه ، بَرِئَ ، إلَّا أن يُحْضِرَه قبلَ الأجَلِ وفى قَبْضِه ضَرَرٌ) [٤/٧٥و] وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ الكَفالةَ تَصِحُّ حالَّةً ومُؤَجَّلَةً ، كالضَّمانِ ، فإن أَطْلَقَ ، انْصَرَف إلى الحُلُولِ ؛ لأنَّ كلَّ عَقْدٍ يَدْخُلُه الحُلُولُ ، إذا أُطْلِقَ اقْتَضَى الحلولَ ،

الإنصاف

و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الهادِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ؛ أحدُهما ، يُعْتَبَرُ رِضاه . جزَم به فى « الوَجيزِ » . قال فى « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » : يُعْتَبَرُ رِضاه فى أصحِّ الوَجْهَين . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . قال ابنُ مُنَجَّى : هذا أَوْلَى . والوَجْهُ الثّانِى ، لايُعْتَبَرُ رِضاه . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وهو المذهبُ على ما اصْطَلَحْناه .

قوله : ومتى أَحْضَرَ المَكْفُولَ به ، وسَلَّمَه ، بَرِئَ ، إلَّاأنْ يُحْضِرَه قبلَ الأجَلِ ، وفى قَبْضِه ضَرَرٌ . إذا أحْضَرَ المَكْفُولَ به ، وسلَّمَه بعدَ حُلولِ الأجَلِ ، بَرِئَ . على

(١ - ١) فى م : « أحضره » .

الشرح الكبير

كالثَّمَنِ والضَّمانِ . فإذا تكَفَّلَ حالًّا ، كان له مُطالَبَتُه بإحضارِه ، فإن أحْضَرَه وهناك يَدٌ حائلَةٌ ظالِمَةٌ ، لم يَبْرأْ منه ، ولم يَلْزَمِ المَكْفُولَ له تَسلُّمُه[1] ؛ لأنَّه لا يَحْصُلُ له غَرَضُه . وإن لم تَكُنْ يَدٌ حائِلَةٌ ، لَزِمَه قَبُولُه ، فإن قَبِلَه بَرِئَ مِن الكَفالَةِ . وقال ابنُ أبى مُوسَى : لا يَبْرَأُ حتى يَقُولَ : قد بَرِئْتُ إليك منه . أو : قد سَلَّمْتُه إليك . أو : قد أخْرَجْتُ نَفْسِى مِن كَفالَتِه . والصحيحُ الأوَّلُ ؛ لأنَّه عَقْدٌ على عَمَلٍ ، فبَرِئَ منه بالعَمَلِ المَعْقُودِ عليه ، كالإجارَةِ . فإنِ امْتَنَعَ مِن تَسلُّمِه[2] بَرِئَ ؛ لأنَّه أحْضَرَ ما يَجِبُ تَسْلِيمُه عندَ غَرِيمِه ، وطَلَب منه تَسلُّمَه[3] على وَجْهٍ لا ضَرَرَ فى قَبْضِه ، فبَرِئَ منه ، كالمُسْلَمِ فيه . وقال بعضُ أصْحابِنا : إذا امْتَنَعَ مِن تَسلُّمِه ، أشْهَدَ على امْتِناعِه رَجُلَيْن ، وبَرِئَ ؛ لأنه فَعَل ما وَقَع العَقْدُ على

الإنصاف

الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ مُطْلَقًا ، نصَّ[4] عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . قال فى « المُسْتَوْعِبِ » : وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، بشَرْطِ أنْ يكونَ هناك يَدٌ حائلَةٌ ظالِمَةٌ . قلتُ : الظَّاهِرُ أنَّه مُرادُ غيرِهم . وعنه ، لا يبْرَأُ حتى يتَبَرَّأَ منه . قال ابنُ أبِى مُوسى : لا يبْرَأُ حتى يقولَ : قد بَرِئْتُ إليك منه . أو : قد سلَّمْتُه إليك . أو : قد أخْرَجْتُ نَفْسِى مِن كَفالَتِه . انتهى . وقال بعضُ الأصحابِ ؛ (5منهم المُصَنِّفُ والشَّارِحُ5) : إذا امْتَنَعَ مِن تسَلُّمِه ، أشْهَدَ على

---

(1) فى الأصل ، ق : « تسليمه » .

(2) فى الأصل : « تسليمه » .

(3) فى الأصل ، ر 1 : « تسليمه » .

(4) سقط من : الأصل .

(5 - 5) سقط من : الأصل ، ط .

الشرح الكبير

فِعْلِه ، فبَرِئَ منه . وقال القاضى : يَرْفَعُه إلى الحاكِمِ فيُسَلِّمُه إليه ، فإن لم يَجِدْ حاكِمًا ، أشْهَدَ شاهِدَيْنِ على إحْضارِه وامْتِناعِ المَكْفُولِ له مِن قَبُولِه . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ فإنَّ مع وُجُودِ صاحِبِ الحَقِّ لا يَلْزَمُه دَفْعُه إلى نائِبِه ، كحاكِمٍ أو غيرِه . وإن كانتِ الكَفالةُ مُؤَجَّلَةً ، لم يَلْزَمْ إحْضارُه قبلَ الأجَلِ ، كالدَّيْنِ المُؤَجَّلِ ، فإذا حَلَّ الأجَلُ فأحْضَرَه وسَلَّمَه ، بَرِئَ . فإن أحْضَرَه قبلَ الأجَلِ ولا ضَرَرَ فى تَسَلُّمِه[1] ، لَزِمَه . وإن كان فيه ضَرَرٌ ، مثلَ أن تَكُونَ حُجَّةُ الغَرِيمِ غائِبةً ، أو لم يَكُنْ يومَ مَجْلِسِ الحاكِمِ ، أو الدَّيْنُ مُؤَجَّلٌ عليه لا يُمْكِنُ اقْتِضاؤُه منه ، أو قد وَعَدَه بالإنْظارِ فى تلك المُدَّةِ ، لم يَلْزَمْه قَبُولُه ، كمَن سَلَّمَ المُسْلَمَ فيه قبلَ مَحِلِّه أو فى غيرِ مَكانِه .

فصل : وإذا عَيَّنَ فى الكَفالَةِ تَسْلِيمَه فى مكانٍ ، فأحْضَرَه فى غيرِه ، لم يَبْرَأْ مِن الكَفالَةِ . وبه قال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ . وقال القاضى : إن

الإنصاف

امْتِناعِه رَجُلَين ، وبَرِئَ . وقال القاضى : يرْفَعُه إلى الحاكِمِ ، فيُسَلِّمُه إليه ، فإنْ لم يجِدْ حاكِمًا ، أشْهَدَ شاهِدَين على إحْضارِه وامْتِناعِ المَكْفُولِ له مِنْ قَبُولِه .

تنبيه : حُكْمُ ما إذا أحْضَرَه قبلَ حُلولِ الأجَلِ ، ولا ضَرَرَ فى قَبْضِه ، حُكْمُ ما إذا أحْضَرَه بعدَ حُلولِ الأجَلِ ، خِلافًا ومذهبًا ، على ما تقدَّم .

فائدة : يتعَيَّنُ إحْضارُه [١٢٥/٢و] مَكانَ العَقْدِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : يتعَيَّنُ فيه إنْ حصَل ضرَرٌ فى غيرِه ، وإلَّا فلا . وقيل : يبْرَأُ ببَقِيَّةِ البَلَدِ[2] . اخْتارَه القاضى ، وأصحابُه . وقدَّمه فى « التَّلْخيصِ » . قال

---

(١) فى الأصل ، ر ١ : « تسليمه » .

(٢) بعده فى ا : « اختاره القاضى ، قاله فى « المغنى » ، و « الشرح » . وعند غيره ، إذا كان فيه سلطان » .

الشرح الكبير

أحْضَرَه بمكانٍ آخرَ مِن البَلَدِ وسَلَّمه ، بَرِئَ مِن الكَفالَةِ . وقال بعضُ أصحابِنا : متى أحْضَرَه فى أىِّ مكانٍ كان ، وفى ذلك المَوْضِعِ سُلْطانٌ ، بَرِئَ مِن الكَفالَةِ ؛ لكَوْنِه لا يُمْكِنُه الامْتِناعُ مِن مَجْلِسِ الحاكِمِ ، ويُمْكِنُ إثْباتُ الحُجَّةِ فيه . وقِيلَ : إن كان عليه ضَرَرٌ فى إحْضارِه بمكانٍ آخرَ ، لم يَبْرَأِ الكَفِيلُ إذا أحْضَرَه فيه ، وإلَّا بَرِئَ ، كَقَوْلِنا فيما إذا أحْضَرَه قبلَ الأجَلِ . ولأصحابِ الشافعىِّ اخْتِلافٌ على نحوِ ما ذَكَرْنا . ولَنا ، أنَّه سَلَّمَ ما شَرَط تَسْلِيمَه فى مكانٍ فى غيرِه ، فلم [٧٥/٤ظ] يَبْرَأْ ، كما لو أحْضَرَ المُسْلَمَ فيه فى غيرِ المَوْضِعِ الذى شَرَطَه ، ولأنَّه قد يُسَلِّمُ فى مَوْضِعٍ لا يَقْدِرُ على إثْباتِ الحُجَّةِ فيه ؛ لِغَيْبَةِ شُهُودِه ، أو غيرِ ذلك ، وقد يَهْرُبُ منه ولا يَقْدِرُ على إمْساكِه . ويُفارِقُ ما إذا سَلَّمَه قبلَ الأجَلِ ، فإنَّه عَجَّلَ الحَقَّ قبلَ أجَلِه ، فزادَه خَيْرًا ، فمتى لم يَكُنْ ضَرَرٌ ، وَجَبَ قَبُولُه . فإن وَقَعَتِ الكَفالَةُ مُطْلَقَةً ، وَجَب تَسْلِيمُه فى مكانِ العَقْدِ ، كالسَّلَمِ . فإن سَلَّمَه فى غيرِه ، فهو كتَسْلِيمِه فى غيرِ المكانِ الذى عَيَّنَه . وإن كان المَكْفُولُ به مَحْبُوسًا (١عندَ غيرِ الحاكِمِ ، لم يَلْزَمْه تَسْلِيمُه١) ؛ لأنَّ ذلك الحَبْسَ

الإنصاف

الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : إنْ كان المَكْفُولُ فى حَبْسِ الشَّرْعِ ، فسَلَّمَه إليه فيه ، بَرِئَ ، ولا يلْزَمُه إحْضارُه منه إليه عندَ أحَدٍ مِنَ الأئمَّةِ ، (٢ويُمَكِّنُه الحاكِمُ مِنَ الإخْراجِ لِيُحاكِمَ غَرِيمَه ، ثم يَرُدُّه . هذا مذهبُ الأئمَّةِ٢) ، كمَالِكٍ ، وأحمدَ ، وغيرِهما . وفى طَرِيقَةِ بعضِ الأصحابِ ، وإنْ قِيلَ : دَلالَتُه عليه ، وإعْلامُه بمَكانِه لا يُعَدُّ

(١ - ١) سقط من : م .

(٢ - ٢) زيادة من : ا .

المقنع

وَإِنْ مَاتَ الْمَكْفُولُ بِهِ ، أَوْ تَلِفَتِ الْعَيْنُ بِفِعْلِ اللهِ تَعَالَى ، أَوْ سَلَّمَ نَفْسَهُ ، بَرِئَ الْكَفِيلُ .

الشرح الكبير

يَمْنَعُه اسْتِيفاءَ حَقِّه . وإن كان مَحْبُوسًا عندَ الحاكِمِ ، فسَلَّمَه إليه مَحْبُوسًا ، لَزِمَه تَسليمُه ، لأنَّ حَبْسَ الحاكِمِ لا يَمْنَعُه اسْتِيفاءَ حَقِّه . وإذا طالَبَ الحاكِمُ بإحْضارِه ، أحْضَرَه وحَكَم بينَهما ، ثم يَرُدُّه إلى الحَبْسِ . فإن تَوَجَّهَ عليه حَقٌّ للمَكْفُولِ له ، حَبَسَه بالحَقِّ الأوَّلِ وحَقِّ المَكْفُولِ له .

١٨٥٠ – مسألة : (وإن مات المَكْفُولُ به ، أو تَلِفَتِ العَيْنُ بفِعْلِ اللهِ تعالى ، أو سَلَّمَ نَفْسَه ، بَرِئَ الكَفِيلُ) إذا مات المَكْفُولُ به ، بَرِئَ الكَفِيلُ وسَقَطَتِ الكَفالَةُ . وبه قال شُرَيْحٌ ، والشَّعْبِيُّ ، وحَمّادُ بنُ أبى سُلَيمانَ ، وأبو حنيفةَ ، والشافعيُّ . ويَحْتَمِلُ أن لا تَسْقُطَ ، ويُطالَبُ بما عليه . وهو قولُ الحَكَمِ ، ومالكٍ ، واللَّيْثِ . وحُكِيَ عن ابنِ شُرَيْحٍ ؛ لأنَّ الكَفِيلَ وَثِيقَةٌ بحَقٍّ ، فإذا تَعَذَّرَتْ مِن جِهَةِ مَن عليه الدَّيْنُ ، اسْتَوْفَى

الإنصاف

تَسْلِيمًا . قُلْنا : بل يُعَدُّ . ولهذا إذا دَلَّ على الصَّيْدِ مُحْرِمًا ، كَفَّر .

قوله : وإنْ ماتَ المَكْفُولُ به ، أو تَلِفَتِ العَيْنُ بفِعْلِ اللهِ تعالَى ، أو سلَّمَ نَفْسَه ، بَرِئَ الكَفِيلُ . إذا ماتَ المَكْفُولُ به ، بَرِئَ الكَفِيلُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . سواءٌ تَوانَى الكَفِيلُ فى تَسْلِيمِه حتى ماتَ ، أوْ لا . نصَّ عليه ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : لا يَبْرَأُ مُطلقًا ، فيَلْزَمُه الدَّيْنُ . وهو احْتِمالٌ فى « الهِدايَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ . ذكَرَه عنه فى « الفائقِ » . وقيل : إنْ تَوانَى فى تَسْلِيمِه حتى ماتَ ، لم يَبْرَأْ ، وإلَّا بَرِئَ .

الشرح الكبير

مِن الوَثِيقَةِ ، كالرَّهْنِ ، ولأنَّه تَعَذَّرَ إحْضارُه ، فلَزِمَ كَفِيلَه ما عليه ، كما لو غاب . ولَنا ، أنَّ الحُضُورَ سَقَطَ عن المَكْفُولِ به ، فبَرِئَ الكَفِيلُ ، كما لو بَرِئَ مِن الدَّيْنِ ، ولأنَّ ما الْتَزَمَه مِن أجْلِه سَقَط عن الأصْلِ ، فبَرِئَ الفَرْعُ ، كالضّامِنِ إذا قَضَى المَضْمُونُ عنه الدَّيْنَ أو أُبْرِئَ منه ، وفارَقَ ما إذا غاب ، فإنَّ الحُضُورَ لم يَسْقُطْ عنه ، وفارَقَ الرَّهْنَ ، فإنَّه عُلِّقَ به المالُ فاسْتُوفِيَ منه ، وكذلك الحُكْمُ إن تَلِفَتِ العَيْنُ[1] المَكْفُولُ بها بفِعْلِ اللهِ تعالى . وإن سَلَّمَ المَكْفُولُ به نَفْسَه ، بَرِئَ الكَفِيلُ ؛ لأنَّه أتَى بما يَلْزَمُ الكَفِيلَ لأجْلِه ، وهو إحْضارُ نَفْسِه ، فبَرِئَتْ ذِمَّتُه ، كما لو قَضَى الدَّيْنَ .

فصل : إذا قال الكَفِيلُ : قد بَرِئَ المَكْفُولُ به مِن الدَّيْنِ وسَقَطَتِ الكَفالَةُ . أو قال : لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ حينَ كَفَلْتُه . فأنْكَرَ المَكْفُولُ له ، فالقولُ قَوْلُه ؛ لأنَّ الأصْلَ صِحَّةُ الكَفالَةِ وبَقاءُ الدَّيْنِ ، وعليه اليَمِينُ ،

الإنصاف

تنبيه : محَلُّ الخِلافِ ، إذا لم يشْتَرِطْ ، فإنِ اشْتَرَطَ الكَفِيلُ أنَّه لا شيءَ عليه إنْ ماتَ ، بَرِئَ بمَوْتِه ، قوْلًا واحدًا . قالَه فى « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، وغيرِهما . وأمَّا إذا تَلِفَتِ العَيْنُ بفِعْلِ اللهِ تعالَى ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ الكَفِيلَ يبْرَأُ . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وقيل : لا يَبْرَأُ . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » .

تنبيهان ؛ أحدُهما ، محَلُّ الخِلافِ ، إذا لم يشْتَرِطْ أنْ لا مالَ عليه بتَلَفِ العَيْنِ

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

فإن نكَل ، قُضِىَ عليه . ويَحْتَمِلُ أن لا يُسْتَحْلَفَ فيما إذا ادَّعَى الكَفِيلُ أنَّه تكَفَّلَ بمَن لا دَيْنَ عليه ؛ لأنَّ الكَفِيلَ مُكَذِّبٌ لِنَفْسِه فيما ادَّعاه ، فإنَّ مَن كَفَل بشَخْصٍ مُعْتَرِفٌ بِدَيْنِه فى الظّاهِرِ . والأوَّلُ أوْلَى ؛ لأنَّ ما ادَّعاهُ مُحْتَمِلٌ . [٧٦/٤و]

فصل : وإذا قال المَكْفُولُ له للكَفِيلِ : أبْرَأْتُكَ مِن الكَفالَةِ . بَرِئَ ؛ لأنَّه حَقُّه ، فسَقَطَ بإسْقاطِه ، كالدَّيْنِ . وإن قال : قد بَرِئْتَ إلَىَّ منه . أو : قد رَدَدْتَه إلَىَّ . بَرِئَ أيضًا ؛ لأنَّه مُعْتَرِفٌ بوَفاءِ الحَقِّ ، فهو كما لو اعْتَرفَ بذلك فى الضمانِ . وكذلك إذا قال له : بَرِئْتَ مِن الدَّيْنِ الذى كَفَلْتَ به . ويَبْرَأُ الكَفِيلُ فى هذه المَواضِعِ دُونَ المَكْفُولِ به ، ولا يَكُونُ إقْرارًا بقَبْضِ الحَقِّ (١) وهذا قولُ محمدِ بنِ الحسنِ . وقيل : يكونُ إقْرارًا بقَبْضِ الحقِّ (١) فيما إذا قال : بَرِئْتَ مِن الدَّيْنِ الذى كَفَلْتَ به . والأوَّلُ أصَحُّ ، لأنَّه يُمْكِنُ بَراءَتُه بدُونِ قَبْضِ الحَقِّ بإبْراءِ المُسْتَحِقِّ ، أو مَوْتِ المَكْفُولِ به . فأمَّا إن قال للمَكْفولِ به : أبْرَأْتُكَ عمّا لى قِبَلَكَ مِن الحَقِّ . أو : بَرِئْتَ مِن الدَّيْنِ الذى قِبَلَكَ . فإنَّه يَبْرَأُ مِن الحَقِّ وتَزُولُ الكَفالَةُ ؛ لأنَّه لَفْظٌ يَقْتَضِى العُمُومَ فى كلِّ ما قِبَلَه . وإن قال : بَرِئْتَ مِن الدَّيْنِ الذى كَفَل به فلانٌ . بَرِئَ وبَرِئَ كَفِيلُه .

الإنصاف

المَكْفُولِ بها ، فإنِ اشْتَرَطَ ، بَرِئَ ، قوْلًا واحدًا ، كما تقدَّم فى المَوْتِ . الثَّانى ، مُرادُه بقَوْلِه : أو تَلِفَتِ العَيْنُ بفِعْلِ اللهِ تعالَى . قبلَ المُطالَبَةِ . صرَّح به فى

(١ - ١) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ تَعَذَّرَ إِحْضَارُهُ مَعَ بَقَائِهِ ، لَزِمَ الْكَفِيلَ الدَّيْنُ ، أَوْ عِوَضُ الْعَيْنِ وَإِنْ غَابَ ، أُمْهِلَ الْكَفِيلُ بِقَدْرِ مَا يَمْضِى فَيُحْضِرُهُ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ

الشرح الكبير

١٨٥١ - مسألة : (وإن تَعَذَّرَ إحْضارُه مع بَقائِه ، لَزِم الكَفِيلَ الدَّيْنُ أو عِوَضُ العَيْنِ) متى تَعذَّرَ إحْضارُ المَكْفُولِ به مع حَياتِه ، أو امْتَنَعَ مِن إحْضارِه ، لَزِمَه ما عليه . وقال أكْثَرُهم : لا غُرْمَ عليه . ولَنا ، عُمُومُ قَوْلِه ، عليه الصلاةُ والسلامُ : « الزَّعِيمُ غارِمٌ »[1] . ولأنَّها أحَدُ نَوْعَيِ الكَفالَةِ ، فوَجَبَ بها الغُرْمُ ، كالكَفالةِ بالمالِ .

١٨٥٢ - مسألة : (وإن غاب ، أُمْهِلَ الكَفِيلُ بقَدْرِ ما يَمْضِى

الإنصاف

« المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهما . وأمَّا إذا أسْلَمَ المَكْفُولُ به نفْسَه فى مَحِلِّه ، فإنَّ الكَفِيلَ يبْرَأُ ، قوْلًا واحدًا .

قوله : وإنْ تَعَذَّرَ إحْضارُه ، مع بَقائِه ، لَزِمَ الكَفِيلَ الدَّيْنُ ، أو عِوَضُ العَيْنِ . هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وفى « المُبْهِجِ » وَجْهٌ ؛ أنَّه يُشْترَطُ البَراءَةُ منه . وقال ابنُ عَقِيلٍ : قِياسُ المذهبِ لا يلْزَمُه ، إنِ امْتنعَ بسُلْطانٍ ، وألْحَقَ به مُعْسِرًا أو مَحْبُوسًا ونحوَهما ؛ لاسْتِواءِ المَعْنَى . وكوْنُ الكَفِيلِ يضْمَنُ ما على المَكْفُولِ به إذا لم يُسَلِّمْه ، مِنَ المُفْرَداتِ .

فائدة : قالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : السَّجَّانُ كالكَفِيلِ . واقْتصرَ عليه فى « الفُروعِ » .

قوله : وإنْ غابَ ، أُمْهِلَ الكَفِيلُ بقَدْرِ ما يمْضِى ، فيُحْضِرُه ، وإنْ تعَذَّرَ إحْضَارُه ، ضَمِنَ . إذا مضَى الكَفِيلُ لِيُحْضِرَ المَكْفُولَ به ، وتعَذَّرَ إحْضارُه ،

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٦ .

المقنع

إِحْضَارُهُ ، ضَمِنَ مَا عَلَيْهِ .

الشرح الكبير

فيُحْضِرُه ، فإن تَعذَّرَ إحْضارُه ، ضَمِن ما عليه) إذا غاب المَكْفُولُ به ، أو ارْتدَّ ولَحِق بدارِ الحَرْبِ ، لم يُؤْخذِ الكَفِيلُ بالحَقِّ حتى يَمْضِىَ زَمَنٌ يُمْكِنُ المُضِىُّ إليه وإعادَتُه . وقال ابنُ شُبْرُمَةَ : يُحْبَسُ فى الحالِ ؛ لأنَّ الحَقَّ قد تَوَجَّه عليه . ولَنا ، أنَّ الحَقَّ يُعْتَبَرُ فى وُجوبِ أدائِه إمْكانُ التَّسْلِيمِ وإن كان حالًّا ، كالدَّيْنِ ، فإذا مَضَتْ مُدَّةٌ يُمْكِنُ إحْضارُه فيها و لم يُحْضِرْه ، أو كانتِ الغَيْبةُ مُنْقَطِعَةً لا يُعْلَمُ خَبَرُه ، أو امْتَنَعَ مِن إحْضارِه مع إمْكانِه ، أُخِذَ بما عليه . وقال أصحابُ الشافعىِّ : إن كانتِ الغَيْبَةُ مُنْقَطِعَةً لا يُعْلَمُ مَكانُه ، لم يُطالَبِ الكَفِيلُ بإحْضارِه ، و لم يَلْزَمْه شىءٌ . وإنِ امْتَنَعَ مِن إحْضارِه مع إمْكانِه حُبِس . وقد دَلَّلْنا على وُجوبِ الغُرْمِ فى المَسْأَلَةِ التى قبلَها .

فصل : فإن كَفَل إلى أجلٍ مَجْهُولٍ ، لم تَصِحَّ الكَفالَةُ . وهذا قولُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه ليس له وَقْتٌ يَسْتَحِقُّ مُطالَبَته فيه ، وهكذا الضَّمانُ . وإن جَعَلَه إلى الحَصادِ والجِذاذِ والعَطاءِ ، خُرِّجَ على الوَجْهَيْن ، كالأجَلِ فى البَيْعِ . والأَوْلَى صِحَّتُه هٰهنا ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ مِن غيرِ عِوَضٍ جَعَل له أجَلًا لا يَمْنَعُ مِن حُصُولِ المَقْصُودِ منه ، فصَحَّ ، كالنَّذْرِ . [٧٦/٤ظ] وهكذا كلُّ مَجْهُولٍ لا يَمْنَعُ مَقْصُودَ الكَفالةِ . وقد رَوَى مُهَنَّا عن أحمدَ ، فى رجلٍ كَفَل رجلًا فقال : إن جِئْتُ به فى وَقْتِ كذا ، وإلَّا فما عليه عَلَىَّ . فقال : لا أدْرِى ، ولكنْ إن قال : ساعَةَ كذا . لَزِمَه . فنَصَّ على تَعْيِينِ السّاعَةِ ،

الإنصاف

فحُكْمُه حُكْمُ ما إذا تعذَّرَ إحْضارُه مع بَقائِه ، على ما تقدَّم ، خِلافًا ومذهبًا .

المقنع

وَإِذَا طَالَبَ الْكَفِيلُ الْمَكْفُولَ بِهِ بِالْحُضُورِ مَعَهُ ، لَزِمَهُ ذَلِكَ إِنْ كَانَتِ الْكَفَالَةُ بِإِذْنِهِ أَوْ طَالَبَهُ صَاحِبُ الْحَقِّ بِإِحْضَارِهِ ، وَإِلَّا فَلَا .

الشرح الكبير

وتَوَقُّفَ عن تَعْيِينِ الوَقْتِ ، ولَعَلَّه أرادَ وَقْتًا مُتَّسِعًا ، أو وَقْتَ شيءٍ يَحْدُثُ ، مثلَ وَقْتِ الحَصادِ ، ونحوه . فأمّا إن قال : وَقْتَ طُلُوعِ الشَّمْسِ . أو نحوَ ذلك ، صَحَّ . فإن قال : إلى الغَدِ . أو : إلى شَهْرِ كذا . تَعَلَّقَ بأوَّلِه ، على ما ذَكَرْنا فى السَّلَمِ . فإن تكَفَّلَ برجلٍ إلى أجلٍ ، إن جاء به فيه ، وإلَّا لَزِمَه ما عليه ، صَحَّ . وبه قال أبو حنيفةَ ، وأبو يُوسُفَ . وقال محمدُ بنُ الحسنِ ، والشافعيُّ : لا تَصِحُّ الكَفالَةُ ، ولا يَلْزَمُه ما عليه ؛ لأنَّ هذا تَعْلِيقُ الضَّمانِ بخَطَرٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو عَلَّقَه بقُدُومِ زَيْدٍ . ولَنا ، أنَّ هذا مُوجِبُ الكَفالةِ ومُقْتَضاها ، فصَحَّ اشْتِراطُه ، كما لو قال : إن جِئْتُ به فى وَقْتِ كذا ، وإلَّا فلك حَبْسِى . ومَبْنَى[1] الخِلافِ هٰهنا على الخِلافِ فى أنَّ هذا مُقْتَضَى الكَفالَةِ ، وقد دَلَّلْنا عليه .

١٨٥٣ – مسألة : (وإذا طالَبَ الكَفِيلُ المَكْفُولَ به بالحُضُورِ معه ، لَزِمَه ذلك إن كانتِ الكَفالَةُ بإذْنِه أو طالَبه صاحِبُ الحَقِّ بإحْضارِه ، وإلَّا فلا) إذا كَفَل رجلًا بإذْنِه ، فأرادَ إحْضارَه ؛ ليُسَلِّمَه إلى المَكْفُولِ له ، لَزِمَه الحُضُورُ معه ؛ لأنَّه شَغَلَ ذِمَّتَه مِن أجْلِه بإذْنِه ، فلَزِمَه تَخْلِيصُها ،

الإنصاف

قوله : وإذا طالَبَ الكَفِيلُ المَكْفُولَ به بالحُضُورِ مَعَه[2] لَزِمَه ذلك، إنْ كانتِ الكَفالَةُ بإذْنِه ، أو طالَبه صاحِبُ الحَقِّ بإحْضارِه ، وإلَّا فلا . وهذا المذهبُ فيهما ،

---

(١) بعده فى م : « وهذا » .

(٢) فى النسخ : « مدة » .

الشرح الكبير

كما لو اسْتَعارَ عَبْدَه فرَهَنَه بإذْنِه ، فإنَّ عليه تَخْلِيصَه إذا طَلَبَه سَيِّدُه . وإن كانت بغيرِ إذْنِه ، فإن طَلَبَه المَكْفُولُ له لَزِمَه الحُضُورُ ؛ لأنَّ حُضُورَه حَقٌّ للمَكْفُولِ له ، وقد اسْتَنابَ الكَفِيلَ فى ذلك . وإن لم يَطْلُبْه المَكْفُولُ له ، لم يَلْزَمْه الحُضُورُ ؛ لأنَّه لم يَشْغَلْ ذِمَّتَه ، وإنَّما الكَفِيلُ شَغَلَها باخْتِيارِ نَفْسِه ، فلم يَجُزْ أن يَثْبُتَ له بذلك حَقٌّ على غيرِه . وإن قال له المَكْفُولُ له : أحْضِرْ كَفِيلَكَ . كان تَوْكِيلًا فى إحْضارِه ، ولَزِمَه أن يَحْضُرَ معه ، كما لو وَكَّلَ غيرَه . وإن قال : اخْرُجْ مِن كَفالَتِكَ . احْتَمَلَ أن يَكُونَ تَوْكِيلًا فى إحْضارِه ، كاللَّفْظِ الأوَّلِ ، واحْتَمَلَ أن يَكُونَ مُطالَبَةً بالدَّيْنِ الذى عليه ، فلا يَكُونُ تَوْكِيلًا ، ولا يَلْزَمُه الحُضُورُ معه .

فصل : وإذا قال رجلٌ لآخَرَ : اضْمَنْ عن فُلانٍ . أو : اكْفُلْ بفُلانٍ . ففَعَلَ ، كان الضَّمانُ والكَفالَةُ لازِمَيْن للمُباشِرِ دُونَ الآمِرِ ؛ لأنَّه كَفَل باخْتِيارِ نَفْسِه ، وإنَّما الأمْرُ إرْشادٌ وحَثٌّ على فِعْلِ خَيْرٍ ، فلا يَلْزَمُه به شئٌ .

فصل : ولو قال : أعْطِ فُلانًا ألْفًا . ففَعَلَ ، لم يَرْجِعْ على الآمِرِ ، ولم

الإنصاف

وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : لايلْزَمُه الحُضُورُ إلَّا إذا كانتِ الكَفالَةُ بإذْنِه ، فطالَبَه المَكْفُولُ له بحُضُورِه .

فائدة : حيثُ أدَّى الكَفِيلُ مالَزِمَه ، ثم قدَر على المَكْفُولِ به ، فقال فى « الفُروعِ » : ظاهِرُ كلامِهم ، أنَّه فى رُجوعِه عليه كالضَّامِنِ ، وأنَّه لايُسَلِّمُه إلى المَكْفُولِ له ، ثم يسْتَرِدُّ ماأدَّاه ، بخِلافِ مَغْصُوبٍ تعَذَّرَ إحْضارُه مع بَقائِه ؛ لامْتِناعِ

المقنع وَإِذَا كَفَلَ اثْنَانِ بِرَجُلٍ ، فَسَلَّمَهُ أَحَدُهُمَا ، لَمْ يَبْرَأْ الْآخَرُ .

الشرح الكبير يَكُنْ ذلك كَفالَةً ولا ضَمانًا ، إلَّا أن يَقُولَ : أعْطِه عَنِّى . وقال أبو حنيفةَ : يَرْجِعُ عليه إذا كان خَلِيطًا له . ولَنا ، أنَّه لم يَقُلْ : أعْطِه عَنِّى . فلم يَلْزَمْه الضَّمانُ ، كما لو لم يَكُنْ خَلِيطًا . ولا يَلْزَمُ إذا كان [٧٧/٤و] له عليه مالٌ ، فقال : أعْطِه فلانًا . حيثُ يَلْزَمُه ؛ لأنَّه لم يَلْزَمْه لأجْلِ هذا القولِ ، بل لأنَّ عليه حَقًّا يَلْزَمُه أداؤُه .

فصل : ولو تَكَفَّلَ اثْنانِ بواحِدٍ ، صَحَّ ، وأيُّهُم قَضَى الدَّيْنَ ، بَرِئَ الآخَرُ ؛ لِما ذَكَرْنا فى الضَّمانِ . وإن سَلَّمَ المَكْفُولُ به نَفْسَه ، بَرِئَ كَفِيلاه . وإن أحْضَرَه أحَدُ الكَفِيلَيْنِ ، لم يَبْرَأ الآخَرُ ؛ لأنَّ إحْدَى الوَثِيقَتَيْن انْحَلَّتْ مِن غيرِ اسْتِيفاءٍ ، فلم تَنْحَلَّ الأُخْرَى ، كما لو أبْرَأ أحَدَهما ، أو انفَكَّ أحَدُ الرَّهْنَيْنِ مِن غيرِ قَضاءِ الحَقِّ ، بخِلافِ ما إذا سَلَّمَ المَكْفُولُ به نَفْسَه ؛ لأنه أصْلٌ لهما ، فإذا بَرِئَ الأصْلُ ممّا تكَفَّلَ به عنه ، بَرِئَ كَفِيلاه ؛ لأنَّهما فَرْعاه ، وكلُّ واحدٍ مِن الكَفِلَيْنِ ليس بفَرْعٍ للآخَرِ ، فلم يَبْرَأْ ببراءَتِه . وكذلك لو أبْرَأَ المَكْفُولَ به ، بَرِئَ كَفِيلاه . ولو أُبْرِئَ أحَدُ الكَفِيلَيْن وَحْدَه لم يَبْرَأ الآخَرُ .

الإنصاف بَيْعِه[1] .

قوله : وإذا كفَل اثْنان برَجُلٍ ، فسَلَّمَه أحَدُهما ، لم يَبْرَأ الآخَرُ . هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ؛ منهم القاضى وأصحابُه ، ونصَّ عليه . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ »

---

(١) بياض فى : الأصل ، ط .

المقنع

وَإِنْ كَفَلَ وَاحِدٌ لِاثْنَيْنِ ، فَأَبْرَأَهُ أَحَدُهُمَا ، لَمْ يَبْرَأْ مِنَ الْآخَرِ .

الشرح الكبير

١٨٥٤ – مسألة : (ولو تكَفَّلَ واحِدٌ لاثْنَيْن ، فأبْرَأه أحَدُهما) أو أحْضَرَه عند أحَدِهما (لم يَبْرَأْ مِن الآخَرِ) لأنَّ عَقْدَ الواحِدِ مع الاثْنَيْن بمَنْزِلَةِ عَقْدَيْن ، فقد الْتَزَمَ إحْضارَه عندَ[1] كلٍّ واحِدٍ منهما ، فإذا أحْضَرَه عندَ أحَدِهما ، بَرِئَ منه ، كما لو كان فى عَقْدَيْن ، وكما لو ضَمِن دَيْنًا لرَجُلَيْن[2] ، فوفَّى أحَدَهما حَقَّه .

فصل : وإذا كانتِ السَّفِينةُ فى البَحْرِ ، وفيها مَتاعٌ ، فخِيفَ غَرَقُها ،

الإنصاف

وغيرِه . قال فى « القَواعِدِ » : أشْهَرُ الوَجْهَين ، لايَبْرَأُ . وقيل : يَبْرَأُ الآخَرُ . وهو احْتِمالٌ فى « الكافِى » . ونصَرَه الأزَجِىُّ فى « نِهايَتِه » . وهو ظاهِرُ كلامِ السَّامَرِّىِّ فى « فُروقِه » . قالَه ابنُ رَجَبٍ فى « قَواعِدِه » ، وقال : والأظْهَرُ أنَّهما إنْ كفَلا كَفالَةَ اشْتِراكٍ ؛ مثلَ أنْ يقُولا : كفَلْنا لك زَيْدًا ، نُسَلِّمُه إليك . فإذا سلَّمَه أحدُهما ، بَرِئَ الآخَرُ ؛ لأنَّ التَّسْلِيمَ المُلْتَزَمَ واحِدٌ ، فهو كأداءِ أحَدِ الضَّامِنَين للمالِ . وإنْ كفَلا كَفالَةَ انْفِرادٍ واشْتِراكٍ ؛ بأنْ قالا : كُلُّ واحدٍ منَّا كَفِيلٌ لك بزَيْدٍ . وكُلُّ واحدٍ مُلْتَزِمٌ له إحْضارَه ، فلا يَبْرَأُ بدُونِه ، مادامَ الحَقُّ باقِيًا على المَكْفُولِ به ، فهو كما لو كفَلا فى عَقْدَين مُتَفَرِّقَين . وهذا قِياسُ قَوْلِ القاضى ، فى ضَمانِ الرَّجُلَين الدَّيْنَ .

فائدة : لو سلَّم المَكْفُولُ به نَفْسَه ، بَرِئَ الاثْنان ، وفَرْقٌ بينَه وبينَ [١٢٥/٢ظ] ما إذا سلَّمَه أحدُهما .

قوله : وإن كفَل واحدٌ لاثْنَين ، فأبْرَأه أحَدُهما ، لم يَبْرَأْ مِنَ الآخَرِ . بلا نِزاعٍ .

---

(١) فى م : « عن » .
(٢) فى الأصل : « لرجل » .

الشرح الكبير

فألْقَى بعضُ مَن فيها مَتاعَه فى البَحْرِ لتَخِفَّ ، لم يَرْجِعْ به على أحَدٍ ، سواءٌ أَلْقاه مُحْتَسِبًا بالرُّجُوعِ أو مُتَبَرِّعًا ؛ لأنه أتْلَفَ مالَ نَفْسِه باخْتِيارِه مِن غيرِ ضَمانٍ . وإن قال له بعضُهم : ألْقِ مَتاعَكَ . فألْقاه ، فكذلك ؛ لأنه لم يُكْرِهْه ، ولا ضَمِن له . فإن قال : ألْقِه ، وعلىَّ ضَمانُه . فألْقاه ، فعلى القائِلِ الضَّمانُ . ذَكَرَه أبو بكرٍ ؛ لأنَّ ضَمانَ ما لم يَجِبْ صَحِيحٌ . وإن قال : ألْقِه ، وأنا ورُكْبانُ السَّفينةِ ضُمَناءُ له . ففعَلَ . فقال أبو بكرٍ : يَضْمَنُه القائِلُ وَحْدَه ، إلَّا أن يَتَطَوَّعَ بَقِيَّتُهم . وقال القاضى : إن كان ضَمانَ اشْتِراكٍ ، فليس عليه إلَّا ضَمانُ حِصَّتِه ؛ لأنَّه لم يَضْمَنِ الجَمِيعَ ، إنَّما ضَمِن حِصَّتَه ، وأخْبَرَ عن سائِرِ رُكْبانِ السَّفِينَةِ بضَمانِ سائِرِه ، فلَزِمَه حِصَّتُه ، و لم يُقْبَلْ قَوْلُه فى حَقِّ الباقِينَ . وإن كان ضَمانَ اشْتِراكٍ وانْفِرادٍ ، بأن يَقُولَ : كلُّ واحدٍ مِنّا ضامِنٌ لك مَتاعَكَ أو قِيمَتَه . لَزِم القائِلَ ضَمانُ الجميعِ ، وسَواءٌ قال هذا والباقُونَ يَسْمَعُونَ فسَكَتُوا ، أو قالوا : لا نَفْعَلُ . أو لم يَسْمَعُوا ؛ لأنَّ سُكُوتَهم لا يَلْزَمُهم به حَقٌّ .

فصل : قال مُهَنّا : سألتُ أحمدَ ، عن رجلٍ له على رجُلٍ ألْفُ دِرْهمٍ

الإنصاف

فوائد ؛ إحْداها ، يصِحُّ[(١)] أنْ يكْفُلَ الكَفِيلُ كَفِيلًا آخَرَ ، فإنْ بَرِئَ الأَوَّلُ ، بَرِئَ الآخَرُ ، ولا عَكْسَ . وإنْ كفَل الثَّانِىَ ثالِثٌ ، بَرِئَ ببَراءَةِ الثَّانِى والأَوَّلِ ، ولا عكْسَ . فلو كفَل اثْنان واحِدًا ، وكفَل كلَّ واحدٍ منهما كَفِيلٌ آخَرُ ، فأحْضَرَه أحدُهما ، بَرِئَ هو ومَن تكَفَّلَ به ، وبَقِىَ الآخَرُ ومَن كفَل به . الثَّانيةُ ، لو ضَمِنَ اثْنان دَيْنَ رَجُلٍ لغَرِيمِه ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ يقولَ كلُّ واحدٍ منهما : أنا ضامِنٌ لك

---

(١) سقط من : الأصل ، ط .

الشرح الكبير

فأقامَ بها كَفِيلَيْن ، كلُّ واحِدٍ منهما كَفِيلٌ ضامِنٌ ، فأيُّهما شاء أخَذَه بحَقِّه ، فأحالَ رَبُّ المالِ عليه رجلًا بحَقِّه ؟ فقال : يَبْرَأُ الكَفِيلانِ . قُلْتُ[1] : فإن مات الذى أحالَه عليه بالحَقِّ و لم يَتْرُكْ شَيْئًا ؟ قال : لا شىءَ له ، ويَذْهَبُ الألْفُ .

الإنصاف

الألْفَ . أو يُطْلِقَ ؛ فإنْ قالا : كلُّ واحدٍ منَّا ضامِنٌ لك الألْفَ . فهو ضَمانُ اشْتِراكٍ فى انْفِرادٍ ، فله مُطالَبَةُ كلِّ واحدٍ منهما بالألْفِ إنْ شاءَ ، وله مُطالَبَتُهما ، وإنْ قَضاه أحدُهما ، لم يرْجِعْ (٢إلَّا على٢) المَضْمُونِ عنه . وإنْ أطْلَقا الضَّمانَ ؛ بأنْ قالا : ضَمِنَّا لك . فهو بينَهما بالحِصَصِ ، وكلُّ واحدٍ منهما ضامِنٌ لحِصَّتِه . وهذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . وهو قوْلُ القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، و « الخِلافِ » ، والمُصَنِّفِ ، وقطَع به الشَّارِحُ . وقيل : كلُّ واحدٍ ضامِنٌ للجَميعِ ، كالأوَّلِ . نصَّ عليه أحمدُ[3] فى رِوايَةِ مُهَنَّا . وكذا قال أبو بَكْرٍ فى « التَّنْبيهِ » . وذكَر ابنُ عَقِيلٍ فيها احْتِمالَين . وأطْلَقَ الوَجْهَين فى « القَواعِدِ » . وبَناه القاضى على أنَّ الصَّفْقَةَ تتَعَدَّدُ بتَعَدُّدِ الضَّامِنَين ، فيَصِيرُ الضَّمانُ مُوَزَّعًا عليهما . وعلى هذا ، لو كان المَضْمونُ دَيْنًا مُتَساوِيًا على رَجُلَين ، فهل يُقالُ : كلٌّ[3] واحدٍ منهما ضامِنٌ لِنِصْفِ الدَّيْنَين . أو كلُّ واحدٍ منهما ضامِنٌ لأحَدِهما بانْفِرادِه ؟ إذا قُلْنا : يَصِحُّ ضَمانُ المُبْهَمِ . يحْتَمِلُ وَجْهَين . قالَه ابنُ رَجَبٍ ، فى « قَواعِدِه » . الثَّالثةُ ، لو كان على اثْنَين مِائَةٌ لآخَرَ ، فضَمِنَ كلُّ واحدٍ منهما الآخَرَ ، فقَضاه أحدُهما نِصْفَ المِائَةِ ،

---

(١) فى م : « قال » .
(٢ - ٢) فى الأصل ، ط : « إلى أعلى » .
(٣) سقط من : الأصل ، ط .

المقنع ....

الشرح الكبير ....

الإنصاف أو أبْرَأه منه ، ولا نِيَّةَ ، فقيلَ : (١ إنْ شاءَ صرَفَه إلى الذى عليه بالأصالَةِ ، و ١) إنْ شاءَ صرَفَه إلى الذى عليه بطَرِيقِ الضَّمانِ . قلتُ : وهو أوْلَى . وقد تقدَّم ما يُشْبِهُ ذلك فى الرَّهْنِ ، بعدَ قوْلِه : وإنْ رهَنَه رَجُلان شيئًا ، فوَفَّاه أحدُهما . وقيل : يكونُ بينَهما نِصْفَين . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » . الرَّابعةُ ، لو أحالَ عليهما ليقْبِضَ مِن أيِّهما شاءَ ، صحَّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وذكَر ابنُ الجَوْزِىِّ وَجْهًا ، لا يصِحُّ ، كحَوالَتِه على اثْنَين له ، على كلٍّ[٢] واحدٍ منهما مِائَةٌ . الخامسةُ ، لو أبْرَأَ أحدَهما مِنَ المِائَةِ ، بَقِىَ على الآخرِ خَمْسُون أصالَةً . السَّادِسةُ ، لو ضَمِنَ ثالِثٌ عن أحَدِهما المِائةَ بأمْرِه . وقَضاها ، رجَع على المَضْمونِ عنه بها . وهل له أنْ يرْجِعَ بها على الآخرِ ؟ فيه رِوايَتان . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » . قلتُ : الذى يظْهَرُ ، أنَّ له الرُّجوعَ عليه ؛ لأنَّه كضامِنِ الضَّامِنِ . السَّابعةُ ، لو ضَمِنَ مَعْرِفَتَه ، أُخِذَ به . نقَلَه أبو طالِبٍ . الثَّامنةُ ، لو أَحالَ رَبُّ الحقِّ ، أو أُحِيلَ[٣] ، أو زالَ العَقْدُ ، بَرِئَ الكَفِيلُ ، وبطَل الرَّهْنُ ، ويثْبُتُ لوارِثِه . ذكَرَه فى « الانْتِصارِ » ، وذكَر فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، فى الصُّورَةِ الأُولَى ، احْتِمالَ وَجْهَين فى بَقاءِ الضَّمانِ . ونقَل مُهَنَّا فيها ، يبْرَأُ ، وأنَّه إنْ عجَز مُكاتَبٌ ، رَقَّ ، وسقَط الضَّمانُ . وذكَر القاضى ، أنه لو أُقالَه فى سَلَمٍ به رَهْنٌ ، حبَسَه برَأْسِ مالِه ، جعَلَه أصْلًا ، لحَبْسِ رَهْنٍ بمَهْرِ المِثْلِ بالمُتْعَةِ . التَّاسعةُ ، لو خِيفَ مِن غَرَقِ السَّفِينَةِ ، فألْقَى بعضُ مَن فيها مَتاعَه فى البَحْرِ لتَخِفَّ ، لم يرْجِعْ به على أحدٍ ، سواءٌ نوَى الرُّجوعَ ، أوْ لا . وهذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، مِن عندِه : ويحْتَمِلُ

(١ - ١) سقط من : الأصل : ط .
(٢) زيادة من : ا .
(٣) فى الأصل ، « أجل » .

الإنصاف

أنْ يرْجعَ إذا نوَى الرُّجوعَ . وما هو ببَعِيدٍ . انتهى . ويجبُ الإلْقاءُ إنْ خِيفَ تَلَفُ الرُّكَّابِ بالغَرَقِ ، (١ولو قال١) بعضُ أهْلِ السَّفِينَةِ : أَلْقِ مَتاعَك . فألْقاه ، فلا ضَمانَ على الآمِرِ . وإنْ قال : أَلْقِه ، وأنا ضامِنُه . ضَمِنَ الجميعَ . قالَه أبو بَكْرٍ ، والقاضى ، ومَن بعدَهما . وإنْ قال : وأنا ورُكْبانُ السَّفِينَةِ ضامِنُون . وأطْلَقَ ، ضَمِنَ وحدَه بالحِصَّةِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » ، ولم يذْكُرْه المُصَنِّفُ ، ولا الشَّارِحُ ، ولا الحارِثِىُّ . وقال أبو بَكْرٍ : يضْمَنُه القائلُ وحدَه ، إلَّا أنْ يتطَوَّعَ بَقِيَّتُهم(٢) . واخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ ، وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ » . وقال القاضى : إنْ كان ضَمانَ اشْتِراكٍ ، فليس عليه إلَّا ضَمانُ حِصَّتِه ، وإنْ كان ضَمانَ اشْتِراكٍ وانْفِرادٍ ، بأنْ يقولَ : كلُّ واحدٍ منَّا ضامِنٌ لك مَتاعَك ، أو قِيمَتَه . ضَمِنَ القائلُ ضَمانَ الجميعِ ، سواءٌ كانُوا يسْمَعُون قوْلَه ، فسَكَتُوا ، أو لم يسْمَعُوا . انتهى . قال الحارِثِىُّ ، فى آخِرِ الغَصْبِ : وهو الحقُّ ، وإنْ رَضُوا (٣بما قال٣) ، لَزِمَهم . قال فى « الفُروعِ » : ويتَوَجَّهُ الوَجْهان . وإنْ قالُوا : ضَمِنَّا لك . ضَمِنُوا بالحِصَّةِ . وإنْ قالوا(٤) : كُلُّ واحدٍ منَّا ضامِنُه . ضَمِنَ الجميعُ . ذكَرَه أبو بَكْرٍ ، والقاضى ، ومَن بعدَهما . وكذا الحُكْمُ فى ضَمانِهم ما عليه مِنَ الدَّيْنِ . [٢/١٢٦و] ويأْتِى فى آخِرِ الغَصْبِ بعضُ هذا ، ومَسائلُ تتعَلَّقُ بهذا ، فليُراجَعْ . العاشِرَةُ ، لو قال لزَيْدٍ : طَلِّقْ زَوْجَتَك ، وعلَىَّ ألْفٌ ، أو مَهْرُها . لَزِمَه ذلك بالطَّلاقِ . قالَه فى « الرِّعايَةِ » . وقال أيضًا : لو قال : بِعْ عَبْدَك مِن زَيْدٍ بمِائَةٍ ، وعلَىَّ مِائَةٌ أُخْرَى . لم يلْزَمْه شئٌ . وفيه احْتِمالٌ . واللهُ أعلمُ .

(١ - ١) فى الأصل ، ط : « وقال » .
(٢) فى الأصل ، ط : « بقيمتهم » .
(٣ - ٣) فى الأصل ، ط : « بمال » .
(٤) فى الأصل ، ط : « قال » .



المقنع

بَابُ الْحَوَالَةِ

....

الشرح الكبير

بابُ الحَوالَةِ

الحَوالَةُ ثابِتَةٌ بالسُّنَّةِ والإجْماعِ . أمّا السُّنَّةُ ، فما روَى أبو هُرَيْرَةَ أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « مَطْلُ الْغَنِىِّ ظُلْمٌ ، وإذَا أُتْبِعَ أحَدُكُم عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ » . مُتَّفَقٌ عليه[1] . وفى لَفْظٍ : « ومَنْ أُحِيلَ بِحَقِّهِ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَحْتَلْ »[2] . وأجْمَعَ أهْلُ العِلْمِ على جَوازِ الحَوالَةِ فى الجُمْلَةِ . واشْتِقاقُها مِن تَحْوِيلِ الحَقِّ مِن ذِمَّةٍ إلى ذِمَّةٍ . وقد قِيلَ : إنَّها بَيْعٌ . فإنَّ المُحِيلَ يَشْتَرِى ما فى ذِمَّتِه بما له فى ذِمَّةِ المُحالِ عليه ، وجاز تَأْخِيرُ القَبْضِ رُخْصَةً ؛ لأنَّه مَوْضُوعٌ على الرِّفْقِ ، فيَدْخُلُها خِيارُ المَجْلِسِ ؛ لذلك[3] . والصَّحِيحُ

الإنصاف

بابُ الحَوالَةِ

....

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب فى الحوالة وهل يرجع فى الحوالة ، وباب إذا أحال على ملى فليس له رد ، من كتاب الحوالات ، وفى : باب مطل الغنى ظلم ، من كتاب الاستقراض . صحيح البخارى ١٢٣/٣ ، ١٥٥ . ومسلم ، فى : باب تحريم مطل الغنى وصحة الحوالة ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٧/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى المطل ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٢٢/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى مطل الغنى أنه ظلم ، من كتاب البيوع . عارضة الأحوذى ٤٤/٦ . والنسائى ، فى : باب مطل الغنى ، وباب الحوالة ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٧٨/٧ ، ٢٧٩ . وابن ماجه ، فى : باب الحوالة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٨٠٣/٢ . والدارمى ، فى : باب فى مطل الغنى ظلم ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٦١/٢ . والإمام مالك ، فى : باب جامع الدين والحول ، من كتاب البيوع . الموطأ ٦٧٤/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٧١/٢ ، ٢٤٥ ، ٢٥٤ ، ٢٦٠ ، ٣١٥ ، ٣٧٧ ، ٣٨٠ ، ٤٦٤ ، ٤٦٥ .

(٢) هذا اللفظ أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٤٦٣/٢ .

(٣) فى ق : « كذلك » .

المقنع

وَالْحَوَالَةُ تَنْقُلُ الْحَقَّ مِنْ ذِمَّةِ الْمُحِيلِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، فَلَا يَمْلِكُ الْمُحْتَالُ الرُّجُوعَ عَلَيْهِ بِحَالٍ .

الشرح الكبير

أنَّها عَقْدُ إرْفاقٍ مُنْفَرِدٌ بنَفْسِه ، ليس بمَحْمُولٍ على غيرِه ؛ لأنَّها لو كانت بَيْعًا لَما جازَتْ ؛ لأنَّه بَيْعُ دَيْنٍ بدَيْنٍ ، ولَما جاز التَّفَرُّقُ قبلَ القَبْضِ ؛ لأنَّه بَيْعُ مالِ الرِّبا بجِنْسِه ، ولَجازَتْ بلَفْظِ البَيْعِ ، ولَجازَتْ بينَ جِنْسَيْن ، كالبَيْعِ ، ولأنَّ لَفْظَها يُشْعِرُ بالتَّحَوُّلِ لا بالبَيْعِ . فعلى هذا ، لا يَدْخُلُها خِيارٌ ، وتَلْزَمُ بمُجَرَّدِ العَقْدِ . وهذا أشْبَهُ بكَلام أحمدَ وأُصولِه ، ولابُدَّ فيها مِن مُحِيلٍ ومُحْتالٍ ومُحالٍ عليه .

١٨٥٥ – مسألة : (والحَوالَةُ تَنْقُلُ الحَقَّ مِن ذِمَّةِ المُحِيلِ إلى ذِمَّةِ المُحالِ عليه ، فلا يَمْلِكُ المُحتالُ الرُّجُوعَ عليه بحالٍ) إذا صَحَّتِ الحَوالَةُ ، بَرِئَتْ ذِمَّةُ المُحِيلِ ، وانْتَقَلَ الحَقُّ إلى ذمَّةِ المُحالِ عليه ، فى قولِ عامَّةِ أهْلِ العِلْمِ . ورُوِى عن الحَسَنِ ، أنَّه كان لا يَرَى الحَوالَةَ بَراءَةً

الإنصاف

فوائد ؛ إحْداها ، قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما : (1) هى مُشْتَقَّةٌ مِن تَحْويلِ الحَقِّ مِن ذِمَّةٍ إلى ذِمَّةٍ . وقال فى « المُسْتَوْعِبِ » (1) : هى مُشْتَقَّةٌ مِن التَّحَوُّلِ ؛ لأنَّها تُحَوِّلُ الحَقَّ وتَنْقُلُه مِن ذِمَّةٍ إلى ذِمَّةٍ . والظَّاهِرُ ، أنَّ المَعْنَى واحِدٌ ؛ فإنَّ التَّحَوُّلَ مُطاوِعٌ للتَّحْويلِ ، يُقالُ : حَوَّلْتُه فتَحَوَّلَ . الثَّانيةُ[2] ، الحَوالَةُ عَقْدُ إرْفاقٍ ؛ تَنْقُلُ الحَقَّ مِن ذِمَّةِ المُحِيلِ إلى ذِمَّةِ المُحالِ[3] عليه ، وليستْ بَيْعًا . على

(١ – ١) سقط من : الأصل ، ط .

(٢) فى ط : « المحيل » .

(٣) فى ط : « المال » .

الشرح الكبير

إلَّا أن يُبْرِئَه . وعن زُفَرَ ، أنَّه قال : لا تَنْقُلُ الحَقَّ . وأجْراها مُجْرَى الضَّمَانِ . ولَنا ، أنَّ الحَوالَةَ مُشْتَقَّةٌ مِن تَحْوِيلِ الحَقِّ ، بخِلافِ الضَّمانِ ، فإنَّه مُشْتَقٌّ مِن ضَمِّ ذِمَّةٍ إلى ذِمَّةٍ ، فعُلِّقَ على كلِّ[1] واحدٍ مُقْتَضاه وما دَلَّ عليه لَفْظُه . إذا ثَبَت ذلك ، فمتى رَضِيَ بها المُحْتالُ و لم يَشْتَرِطِ اليَسارَ ، لم يَعُدِ الحَقُّ إلى المُحِيلِ أبدًا ، سَواءٌ أمْكَنَ اسْتِيفاءُ الحَقِّ ، أو تَعَذَّرَ لِمَطْلٍ أو فَلَسٍ أو مَوْتٍ أو غيرِه . وبه قال اللَّيْثُ ، والشافعيُّ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ . وقال شُرَيْحٌ ، والشَّعْبِيُّ ، والنَّخَعِيُّ : متى أفْلَسَ أو ماتَ ، رَجَع على صاحِبِه . وقال أبو حنيفةَ : يَرْجِعُ عليه فى حالَيْن ؛ إذا مات المُحالُ عليه مُفْلِسًا ، وإذا جَحَدَه وحَلَف عليه عندَ الحاكِمِ . وقال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ : يَرْجِعُ عليه فى هاتَيْن الحالَتَيْن ، وإذا حُجِرَ عليه لفَلَسٍ ؛ لأنَّه رُوِى عن عُثْمانَ ، أنَّه سُئِل عن رجلٍ أُحِيلَ بحَقِّه ،

الإنصاف

الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ؛ لجَوازِها بينَ الدَّيْنَين المُتَساوِيَين جِنْسًا وصِفَةً ، والتَّفَرُّقِ قبلَ القَبْضِ ، واخْتِصاصِها بجِنْسٍ واحدٍ ، واسْمٍ خاصٍّ ، ولزُومِها . ولا هى فى مَعْنَى البَيْعِ ؛ لعدَمِ العَيْنِ فيها . وهذا الصَّوابُ . قال المُصَنِّفُ : وهو أشْبَهُ بكَلامِ أحمدَ . قال فى « القاعدَةِ الثَّالثةِ والعِشْرين » : الحَوالَةُ ، هل هى نقْلٌ للحَقِّ ، أو تَقْبِيضٌ ؟ فيه خِلافٌ . وقد قيل : إنَّها بَيْعٌ ؛ فإنَّ المُحِيلَ[2] يَشْتَرِى ما فى ذِمَّتِه بما فى ذِمَّةِ المُحالِ عليه ، وجازَ تأْخِيرُ القَبْضِ رُخْصَةً ؛ لأنَّه مَوْضُوعٌ على الرِّفْقِ . فيَدْخُلُها خِيارُ المَجْلِسِ . واعْلَمْ أنَّ الحَوالَةَ

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى ط : « المبيع » ، وفى الأصل : « المستبيع » .

الشرح الكبير

فماتَ المُحالُ عليه مُفْلِسًا . فقال : يَرْجِعُ بحَقِّه[1] ، لا تَوًى[2] على مالِ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ[3] . ولأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ [٤/٧٨و] لم يُسَلِّمِ العِوَضُ فيه لأحَدِ المُتعاوِضَيْن ، فكان له الفَسْخُ ، كما لو اعْتاضَ بثَوْبٍ فلم يُسَلَّمْ إليه .

ولَنا ، أنَّ حَزْنًا جَدَّ سَعِيدِ بن المُسَيَّبِ ، كان له على علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، دَيْنٌ ، فأحالَهُ به ، فماتَ المُحالُ عليه ، فأخْبَرَه ، فقال : اخْتَرْتَ علينا ، أبْعَدَكَ اللهُ . فأبْعَدَه بمُجَرَّدِ احْتِيالِه ، ولم يُخْبِرْه أنَّ له الرُّجُوعَ . ولأنَّها بَراءَةٌ مِن دَيْنٍ ليس فيها قَبْضٌ مِمَّن هى عليه ، ولا مِمَّن يَدْفَعُ عنه ، فلم يَكُنْ فيها رُجُوعٌ ، كما لو أبْرأَه مِن الدَّيْنِ ، وحَدِيثُ عُثْمانَ لم يَصِحَّ ، يَرْوِيه خُلَيْدُ[4] بنُ جَعْفَرٍ ، عن مُعاوِيَةَ بنِ قُرَّةَ ، عن عُثْمانَ ، ولم يَصِحَّ سَماعُه منه[5] . وقد رُوِى أنَّه قال : فى حَوالةٍ أو كَفالةٍ . وهذا يُوجِبُ التَّوَقُّفَ ، ولو صَحَّ ، كان قولُ علىٍّ مُخالِفًا له . وقَوْلُهم : هو مُعاوَضَةٌ . لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه يُفْضِى إلى بَيْعِ الدَّيْنِ بالدَّيْنِ ، وهو مَنْهِىٌّ عنه . ويُفارِقُ المُعاوَضَةَ بالثَّوْبِ ؛ لأنَّ فى ذلك قَبْضًا يَقِفُ اسْتِقْرارُ العَقْدِ عليه ، وهٰهنا الحَوالَةُ بمَنْزِلَةِ القَبْضِ ، وإلَّا كان بَيْعَ دَيْنٍ بدَيْنٍ .

الإنصاف

تُشْبِهُ المُعاوَضَةَ مِن حيثُ إنَّها دَيْنٌ بدَيْنٍ . وتُشْبِهُ الاسْتِيفاءَ مِن حيثُ إنَّه يُبْرِئُ

(١) بعده فى م : « لأنه » .

(٢) التوى : الهلاك .

(٣) أخرجه البيهقى ، فى : باب من قال : لا يرجع على المحيل لاتوى على مال مسلم ، من كتاب الحوالة . السنن الكبرى ٧١/٦ .

(٤) فى الأصل ، م : « خلد » . وفى ق ، ر ١ : « خالد » . وهو خليد بن جعفر بن طريف أبو سليمان البصرى . تهذيب الكمال ٣٠٤/٨ .

(٥) سقط من : م .

المقنع

وَلَا تَصِحُّ إِلَّا بِثَلَاثَةِ شُرُوطٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يُحِيلَ عَلَى دَيْنٍ مُسْتَقِرٍّ ، فَإِنْ أَحَالَ عَلَى مَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوِ السَّلَمِ ، أَوِ الصَّدَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، لَمْ يَصِحَّ . وَإِنْ أَحَالَ الْمُكَاتَبُ سَيِّدَهُ ، أَوِ الزَّوْجُ امْرَأَتَهُ ، صَحَّ .

الشرح الكبير

١٨٥٦ – مسألة : (ولا تَصِحُّ إلَّا بشُرُوطٍ ثَلاثَةٍ ؛ أحدُها ، أن يُحِيلَ على دَيْنٍ مُسْتَقِرٍّ ، فإن أحالَ على مالِ الكِتابَةِ ، أو السَّلَمِ) قبلَ قَبْضِه (أو الصَّداقِ قبلَ الدُّخولِ ، لم يَصِحَّ . وإن أحالَ المُكاتَبُ سَيِّدَه ، أو الزَّوْجُ امْرأَتَه ، صَحَّ) لا تَصِحُّ الحَوالَةُ على دَيْنٍ غيرِ مُسْتَقِرٍّ ؛ لأنَّ مُقْتَضاها إلْزامُ المُحالِ عليه الدَّيْنَ مُطْلَقًا ، ولا يَثْبُتُ ذلك فيما هو بعَرْضِ السُّقوطِ . ولا يُعْتَبَرُ أن يُحِيلَ بدَيْنٍ مُسْتَقِرٍّ ، إلَّا أنَّ السَّلَمَ لا تَصِحُّ الحَوالَةُ به ولا عليه ؛ لأنَّ دَيْنَ السَّلَمِ ليس بمُسْتَقِرٍّ ، لكَوْنِه مُتَعَرِّضًا للفَسْخِ بانْقِطاعِ المُسْلَمِ فيه ، ولا تَصِحُّ الحَوالَةُ به ؛ لأنَّها لا تَصِحُّ إلَّا فيما يَجُوزُ أخْذُ العِوَضِ

الإنصاف

المُحِيلَ ، ويَسْتَحِقُّ تَسْليمَ المَبِيعِ إذا أحالَ بالثَّمَنِ ، ولتَرَدُّدِها بينَ ذلك ، ألحَقَها بعضُ الأصحابِ بالمُعاوَضَةِ ، كما تقدَّم ، وألحَقَها بعضُهم بالاسْتِيفاءِ . الثَّالثةُ ، نقَل مُهَنَّا ، فى مَن بعَث رَجُلًا إلى رَجُلٍ له عندَه مالٌ ، فقال : خُذْ منه دِينارًا . (1)فأخَذ منه(1) أكْثَرَ ، فالضَّمانُ على المُرْسِلِ ؛ لتَغْرِيرِه ، ويَرْجِعُ هو على الرَّسُولِ . ذكَرَه ابنُ رَجَبٍ فى « قَواعِدِه » .

قوله : ولا تَصِحُّ إلَّا بثَلاثَةِ شُرُوطٍ ؛ أحدُها ، أنْ يُحِيلَ على دَيْنٍ مُسْتَقِرٍّ ، فإنْ أحالَ على مالِ الكِتابَةِ ، أوِ السَّلَمِ ، أوِ الصَّداقِ قبلَ الدُّخُولِ – وكذا لو أحالَ على الأُجْرَةِ عندَ العَقْدِ – لم يصِحَّ ، وإنْ أحالَ المُكاتَبُ سَيِّدَه ، أوِ الزَّوْجُ امْرَأتَه ، صَحَّ .

(1 – 1) فى ط : « فالتزم » .

الشرح الكبير

عنه ، ولا يَجُوزُ ذلك فى السَّلَمِ ؛ لقَوْلِه عليه الصلاةُ والسلامُ : « مَنْ أَسْلَمَ فى شِيءٍ ، فَلَا يَصْرِفْهُ إِلَى غَيرِهِ »[1] . فلا تَصِحُّ الحَوالَةُ على المُكاتَبِ بمالِ الكِتابَةِ ؛ لأنَّه غيرُ مُسْتَقِرٍّ ؛ لأنَّ له أن يَمْتَنِعَ مِن أدائِه ، ويَسْقُطُ بعَجْزِه . وتَصِحُّ الحَوالَةُ عليه بدَيْنٍ غيرِ دَيْنِ الكِتابَةِ ؛ لأنَّ حُكْمَه حُكْمُ الأحْرارِ فى المُدايَناتِ . وإن أحالَ المُكاتَبُ سَيِّدَه بنَجْمٍ قد حَلَّ عليه ، صَحَّ ، وبَرِئَت ذِمَّةُ المُكاتَبِ بالحَوالَةِ ، ويَكُونُ ذلك بمَنْزِلَةِ القَبْضِ . وإن أحالَتِ المَرْأةُ على زَوْجِها بصَداقِها قبلَ الدُّخُولِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه غيرُ مُسْتَقِرٍّ ، يَحْتَمِلُ أن يَسْقُطَ بانْفِساخِ النِّكاحِ بسَبَبٍ مِن جِهَتِها . وإن أحالَها الزَّوْجُ به ، صَحَّ ؛ لأنَّ له تَسْلِيمَه إليها ، وحَوالَتُه به تَقُومُ مَقامَ تَسْلِيمِه . فإن أحالَتْ به بعدَ الدُّخُولِ ، صَحَّ ؛ لأنَّه مُسْتَقِرٌّ . وإن أحالَ البائِعُ بالثَّمَنِ على [٧٨/٤ظ] المُشْتَرِى فى مُدَّةِ الخِيارِ ، لم يَصِحَّ ، فى قِياسِ ما ذَكَرْنا . وإن أحالَهُ المُشْتَرِى به ، صَحَّ ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ الوَفاءِ ،

الإنصاف

وكذا لو أحالَ بالأُجْرَةِ . اعْلَمْ أنَّ الحَوالَةَ تارَةً تكونُ على مالٍ ، وتارَةً تكونُ بمالٍ ؛ فإنْ كانتِ الحَوالَةُ على مالٍ ، فيُشْتَرَطُ أنْ يكونَ المالُ المُحالُ عليه مُسْتَقِرًّا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهب ، نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وقيل : تصِحُّ الحَوالَةُ على مالِ الكِتابَةِ بعدَ حُلولِه . وفى طَريقَةِ بعضِ الأصحابِ ، أنَّ المُسْلَمَ فيه مُنَزَّلٌ مَنْزِلَةَ المَوْجُودِ[2] ؛ لصِحَّةِ الإبْراءِ منه ، والحَوالَةِ عليه وبه . وقال الزَّرْكَشِىُّ : لايَظْهَرُ لى مَنْعُ الحَوالَةِ بالمُسْلَمِ فيه . وظاهِرُ ماقدَّمه فى

(١) تقدم تخريجه فى ٢٥١/١٢ .
(٢) فى ط : « الوجود » .

الشرح الكبير

(١)وله الوَفاءُ(١) قبلَ الاسْتِقْرارِ . وإن أحالَ البائِعُ بالثَّمَنِ على المُشْتَرِى ، ثم ظَهَر على عَيْبٍ ، لم يَتَبَيَّنْ أنَّ الحَوالَةَ كانت باطِلَةً ؛ لأنَّ الثَّمَنَ كان ثابِتًا مُسْتَقِرًّا ، والبَيْعَ كان لازِمًا ، وإنَّما ثَبَت الجَوازُ(٢) بعدَ العِلْمِ بالعَيْبِ بالنِّسْبَةِ إلى المُشْتَرِى . ويَحْتَمِلُ أن تَبْطُلَ الحَوالَةُ ؛ لأنَّ سَبَبَ الجَوازِ عَيْبُ المَبِيعِ ، وقد كان مَوْجُودًا وَقْتَ الحَوالَةِ . وكلُّ مَوْضِعٍ أحالَ مَن عليه دَيْنٌ غيرُ مُسْتَقِرٍّ به ، ثم سَقَط الدَّيْنُ ، كالزَّوْجَةِ يَنْفَسِخُ نِكاحُها بسَبَبٍ مِن جِهَتِها ، أو المُشْتَرِى يَفْسَخُ البَيْعَ ويَرُدُّ المَبِيعَ ، فإن كان ذلك قبلَ القَبْضِ مِن المُحالِ عليه ، فَفِيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، تَبْطُلُ الحَوالَةُ ؛ لعَدَمِ الفائِدَةِ فى بَقائِها ، ويَرْجِعُ المُحِيلُ بدَيْنِه على المُحالِ عليه . والثّانِى ، لا تَبْطُلُ ؛

الإنصاف

« المُحَرَّرِ » ، صِحَّةُ الحَوالَةِ على المَهْرِ قبلَ الدُّخولِ ، وعلى الأُجْرَةِ بالعَقْدِ . وإنْ كانتِ الحَوالَةُ بمالٍ ، لم يُشْتَرَطِ اسْتِقْرارُه ، وتَصِحُّ الحَوالَةُ به . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماعَةٌ مِنَ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « الكافِى » ، و « تَجْريدِ العِنايَةِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، فى مالِ الكِتابَةِ . وقدَّمه فى غيرِه . واخْتارَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ فى مالِ الكِتابَةِ ، ذكَرَه فى « التَّلْخيصِ » ، على ما يأْتِى . وقيل : يُشْتَرَطُ كَوْنُ المُحالِ به مُسْتَقِرًّا ، كالمُحالِ عليه . اخْتارَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » . وجزَم به الحَلْوانِىُّ . قال فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » : يُشْتَرَطُ لصِحَّتِها أنْ تكونَ بدَيْنٍ مُسْتَقِرٍّ ، وعلى دَيْنٍ مُسْتَقِرٍّ . قال فى « الحاوِيَيْن » : لا تصِحُّ إلَّا بدَيْنٍ مَعْلومٍ ، يصِحُّ السَّلَمُ

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) فى الأصل : « الحوالة » .

الشرح الكبير

لأنَّ الحَقَّ انْتَقَلَ عن المُحِيلِ ، فلم يَعُدْ إليه ، وثَبَت للمُحْتالِ ، فلم يَزُلْ عنه ، ولأنَّ الحَوالَةَ بمَنْزِلَةِ القَبْضِ ، فكأنَّ المُحِيلَ أَقْبَضَ المُحْتالَ

الإنصاف

فيه ، مُسْتَقِرٌّ على مُسْتَقِرٍّ . قال فى « الرِّعايتَيْن » : إنَّما تصِحُّ بدَيْنٍ مَعْلومٍ يصِحُّ السَّلَمُ فيه ، مُسْتَقِرٌّ فى الأشْهَرِ ، على دَيْنٍ مُسْتَقِرٍّ . قال فى « الفائقِ » : وتَخْتَصُّ صِحَّتُها بدَيْنٍ يصِحُّ فيه السَّلَمُ ، ويُشْتَرَطُ اسْتِقْرارُه ، فى أصحِّ الوَجْهَين ، على مُسْتَقِرٍّ . قال فى « التَّلْخيصِ » : فلا تصِحُّ الحَوالَةُ بغيرِ مُسْتَقِرٍّ ، ولا على[1] غيرِ مُسْتَقِرٍّ . فلا تصِحُّ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، ولا فى الأُجْرَةِ قبلَ اسْتِيفاءِ المَنْفَعَةِ ، ولا فى الصَّداقِ قبلَ الدُّخولِ . وكذلك دَيْنُ الكِتابَةِ ، على ظاهِرِ كلامِ أبى الخَطَّابِ . وقال القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ : تصِحُّ حَوالَةُ المُكاتَبِ لسَيِّدِه بدَيْنِ الكِتابَةِ على مَن له عليه دَيْنٌ ، ويَبْرَأُ العَبْدُ ويَعْتِقُ ، ويَبْقَى الدَّيْنُ فى ذِمَّةِ المُحالِ عليه للسَّيِّدِ . انتهى . وأطْلَقَ فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الفُروعِ » ، الوَجْهَين فى الحَوالَةِ بمالِ الكِتابَةِ ، والمَهْرِ ، والأُجْرَةِ . وأطْلَقَهما فى « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، فى الحَوالَةِ بدَيْنِ الكِتابَةِ ، والمَهْرِ . وقال الزَّرْكَشِيُّ ، تبَعًا لصاحِبِ « المُحَرَّرِ » : الدُّيونُ أرْبَعَةُ أقْسامٍ ؛ دَيْنُ سَلَمٍ ، ودَيْنُ كِتابَةٍ [٢/١٢٦ظ] ، وماعَداهما وهو قِسْمان ؛ مُسْتَقِرٌّ ، وغيرُ مُسْتَقِرٍّ ، كثَمَنِ المَبِيعِ فى مُدَّةِ الخِيارِ ونحوِه . فلا تصِحُّ الحَوالَةُ بدَيْنِ السَّلَمِ ، ولا عليه ، وتصِحُّ بدَيْنِ الكِتابَةِ . على الصَّحيحِ ، دُونَ الحَوالَةِ عليه ، ويَصِحَّان فى سائرِ الدُّيونِ ، مُسْتَقِرِّها وغيرِ مُسْتَقِرِّها . وقيل : لا تصِحُّ على غيرِ مُسْتَقِرٍّ بحالٍ . وإليه ذهَب أبو محمدٍ ، وجماعَةٌ مِنَ الأصحابِ . وقيل : ولا بما ليس بمُسْتَقِرٍّ . وهذا اخْتِيارُ القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وتَبِعَه أبو الخَطَّابِ ، والسَّامَرِّىُّ . انتهى .

(١) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

دَيْنَه[1] ، فرَجَع عليه به ، ويأْخُذُ المُحْتالُ مِن المُحالِ عليه . وسَواءٌ تعَذَّرَ القَبْضُ مِن المُحالِ عليه أو لم يَتَعَذَّرْ . وإن كان بعدَ القَبْضِ ، لم تَبْطُلْ ، وَجْهًا واحِدًا ، ويَرْجِعُ المُحِيلُ على المُحْتالِ به .

فصل : وإن أحالَ مَن لا دَيْنَ عليه على مَن له عليه دَيْنٌ ، فهى وَكالَةٌ يَثْبُتُ فيها أحْكامُها ، وليست بحَوالةٍ ؛ لأنَّ الحَوالَةَ مَأْخُوذَةٌ مِن تَحْويلِ الحَقِّ وانْتِقالِه ، ولا حَقَّ هٰهُنا يَنْتَقِلُ [2]ولا[2] يَتَحَوَّلُ ، وإنَّما جازَتِ

الإنصاف

تنبيه : يُسْتَثْنَى مِن محَلِّ الخِلافِ مِنَ المالِ المُحالِ عليه ، والمُحالِ به ، دَيْنُ السَّلَمِ ؛ فإنَّه لا تصِحُّ الحَوالَةُ عليه ، ولا به ، عندَ الإمامِ أحمدَ وأصْحابِه ، إلَّا ما تقدَّم عن بعضِ الأصحابِ فى طَرِيقَتِه ، وكلامَ الزَّرْكَشِىِّ .

فائدة : فى صِحَّةِ الحَوالَةِ ، برَأْسِ مالِ السَّلَمِ وعليه ، وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « شَرْحِه » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ؛ أحدُهما ، لا تصِحُّ . قدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، فى بابِ القَبْضِ والضَّمانِ مِنَ البُيوعِ ؛ فقال : لا يصِحُّ التَّصَرُّفُ فى رَأْسِ مالِ السَّلَمِ بعدَ فَسْخِه واسْتِقْرارِه ، بحَوالَةٍ ولا بغيرِها . وقيل : يصِحُّ . انتهى . وتقدَّم ذلك فى بابِ السَّلَمِ ، فى كلامِ المُصَنِّفِ .

تنبيه : خرَج مِن كلامِ المُصَنِّفِ ، لو أحالَ مَن لا دَيْنَ عليه على مَن عليه دَيْنٌ ، فإنَّه لا يُسَمَّى حَوالَةً ، بل وَكالَةٌ فى القَبْضِ . ولو أحالَ مَن [3]لا دَيْنَ عليه[3] ، على

(١) سقط من : م .
(٢ - ٢) فى م : « و » .
(٣ - ٣) فى الأصل ، ط : « عليه دين » وانظر : المغنى ٧/٥٩ .

المقنع وَالثَّانِي ، [١١٣و] اتِّفَاقُ الدَّيْنَيْنِ فِي الْجِنْسِ ، وَالصِّفَةِ ، وَالْحُلُولِ وَالتَّأْجِيلِ .

الشرح الكبير الوَكالَةُ بلَفْظِ الحَوالَةِ ؛ لِاشْتِراكِهِما فى اسْتِحْقاقِ الوَكِيلِ مُطالَبَةَ مَن عليه الدَّيْنُ ، كاسْتِحْقاقِ المُحْتالِ مُطالَبَةَ المُحالِ عليه ، وتَحَوُّلُ ذلك إلى الوَكِيلِ كتَحَوُّلِه إلى المُحْتالِ . وإن أحالَ مَن عليه دَيْنٌ على مَن لا دَيْنَ عليه ، فليست حَوالَةً . نَصَّ عليه أحمدُ . فلا يَلْزَمُ المُحالَ عليه الأداءُ ، ولا المُحْتالَ القَبُولُ ؛ لأنَّ الحَوالةَ مُعاوَضَةٌ ، ولا مُعاوَضَةَ هٰهُنا ، وإنَّما هو اقْتِراضٌ . فإن قَبَضَ المُحْتالُ منه الدَّيْنَ ، رَجَع على المُحِيلِ ؛ لأنَّه قَرْضٌ . وإن أبْرأه ، لم تَصِحَّ البَراءَةُ ؛ لأنَّها بَراءَةٌ لمَن لا دَيْنَ عليه . وإن وَهَبَه إيّاه بعدَ أن قَبَضَه منه ، رَجَعَ المُحالُ عليه على المُحِيلِ به ؛ لأنَّه قد غَرِم عنه ، وإنَّما عاد إليه المالُ بعَقْدٍ مُسْتَأْنَفٍ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَرْجِعَ إليه ؛ لكَوْنِه ما غَرِم عنه شيئًا . وإن أحال مَن لا دَيْنَ عليه على مَن لا دَيْنَ عليه ، فهى وَكالَةٌ فى اقْتِراضٍ ، وليست حَوالَةً ؛ لأنَّ الحَوالَةَ إنَّما تكونُ بدَيْنٍ على دَيْنٍ .

الشَّرْطُ (الثّانِى ، اتِّفاقُ الدَّيْنَيْن فى الجِنْسِ ، والصِّفَةِ ، والحُلُولِ

الإنصاف مَن لا دَيْنَ عليه ، فهو وَكالَةٌ فى اقْتِراضٍ ، لا حَوالَةٌ . ولو أحالَ مَن عليه دَيْنٌ ، على مَن لا دَيْنَ عليه ، فهو وَكالَةٌ فى اقْتِراضٍ أيضًا ، فلا يُصادِفُه . نصَّ عليه . وقال فى « المُوجَزِ » ، و « التَّبْصِرَةِ » : إنْ رَضِىَ المُحالُ عليه بالحَوالَةِ ، صارَ ضامِنًا ، يَلْزَمُه الأداءُ .

فائدة : قوْلُه : الثّانِى ، اتِّفاقُ الدَّيْنَين فى الجِنْسِ والصِّفَةِ والحُلُولِ والتَّأْجِيلِ .

الشرح الكبير

والتَّأْجيلِ) لأنَّها تَحْويلٌ للحَقِّ ونَقْلٌ له ، فيَنْتَقِلُ على صِفَتِه ، ويُعْتَبَرُ تماثُلهما فى الأُمورِ المَذْكُورةِ ؛ أحدُها ، الجِنْسُ ، [٧٩/٤و] فيُحِيلُ مَن عليه ذَهَبٌ بذَهَبٍ ، ومَن عليه فِضَّةٌ بفِضَّةٍ . ولو أحالَ مَن عليه ذَهَبٌ بفِضَّةٍ أو بالعَكْسِ ، لم يَصِحَّ . الثّانِى ، الصِّفَةُ ، فلو أحالَ مَن عليه صِحاحٌ بمُكَسَّرةٍ ، أو مَن عليه مِصْرِيَّةٌ بأَمِيرِيَّةٍ ، لم يَصِحَّ . الثّالِثُ ، الحُلولُ والتَّأْجيلُ ، ويُعْتَبَرُ اتِّفاقُ أجَلِ المُؤَجَّلَيْن ؛ فإن كان أحَدُهما حالًّا والآخَرُ مُؤَجَّلًا ، أو كان أحَدُهما إلى شَهْرٍ والآخَرُ إلى شَهْرَيْن ، لم تَصِحَّ الحَوالةُ .

الإنصاف

بلا نِزاعٍ [(١] فى الجُمْلَةِ [١)] . ويُشْتَرَطُ أيضًا عِلْمُ المالِ ، وأنْ يكونَ فيما يصِحُّ فيه السَّلَمُ مِنَ المِثْلِيَّاتِ ، وفى غيرِ المِثْلِىِّ ، كمَعْدُودٍ ومَذْروعٍ ، وجْهان . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » . وقال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » : إنَّما تصِحُّ بدَيْنٍ مَعْلومٍ ، يصِحُّ السَّلَمُ فيه . وأطْلَقا ، فى إبِلِ الدِّيَةِ ، الوَجْهين ؛ أحدُهما ، تصِحُّ فى المَعْدودِ ، والمَذْروعِ . قال القاضى فى « المُجَرَّدِ » : تجوزُ الحَوالَةُ بكُلِّ ماصحَّ السَّلَمُ فيه ، وهو مايُضْبَطُ بالصِّفاتِ ، سواءٌ كان له مِثْلٌ ؛ كالأَدْهانِ ، والحُبُوبِ ، والثِّمارِ ، أو لا مِثْلَ له ؛ كالحَيَوانِ[(٢)] ، والثِّيابِ . وقد أَوْمأَ إليه أحمدُ فى رِوايَةِ الأَثْرَمِ . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . قال النّاظِمُ : تصِحُّ فيما يصِحُّ السَّلَمُ فيه . والوَجْهُ الثّانِى ، لاتصِحُّ . قال الشّارِحُ : ويَحْتَمِلُ أنْ يُخَرَّجَ هذان الوَجْهان على الخِلافِ فيما يقْضِى[(٣)] به قَرْضُ هذه الأمْوالِ . انتهى . وأمَّا الإبلِ ، فقال

(١ - ١) زيادة من : ا .

(٢) فى الأصل ، ط : « كالحبوب » .

(٣) فى الأصل ، ط : « يقتضى » .

الشرح الكبير

ولو كان الحَقّان حالَّيْن ، فشَرَط على المُحْتالِ أن يُؤَخِّرَ حَقَّه أو بعْضَه إلى أجَلٍ ، لم تَصِحَّ الحَوالةُ ؛ لأنَّ الحالَّ لا يَتأَجَّلُ ، ولأنَّه شَرَط ما لو كان ثابتًا فى نَفْسِ الأمْرِ لم تَصِحَّ الحَوالَةُ ، فكذلك إذا اشْتَرَطَه . فإذا اجْتَمَعَتْ هذه الأُمُورُ ، وَصَحَّتِ الحَوالَةُ ، فتَراضَيا بأن يَدْفَعَ المُحالُ عليه إلى المُحْتالِ خَيْرًا مِن حَقِّه ، أو رَضِىَ المُحْتالُ بدُونِ الصِّفَةِ ، أو رَضِىَ مَن

الإنصاف

الشَّارِحُ : لو كان عليه إبِلٌ مِنَ الدِّيَةِ ، وله على آخرَ مِثْلُها فى السِّنِّ ، فقال القاضى : تصِحُّ ؛ لأنَّها تَخْتَصُّ بأقَلِّ ما يقَعُ عليه الاسمُ فى السِّنِّ والقِيمَةِ ، وسائرِ الصِّفاتِ . وقال أبو الخَطَّابِ : لا تصِحُّ فى أحَدِ الوَجْهَين ؛ لأنَّها مَجْهولَةٌ . وإنْ كان عليه إبِلٌ مِن دِيَةٍ ، وله على آخرَ مِثْلُها قَرْضًا ، فأحالَه ؛ فإنْ قُلْنا : يرُدُّ فى القَرْضِ قِيمَتَها . لم تصِحَّ الحَوالَةُ ؛ لاخْتِلافِ الجِنْسِ . وإنْ قُلْنا : يرُدُّ مِثْلَها . اقْتَضَى قَوْلُ القاضى صِحَّةَ الحَوالَةِ . وإنْ كانتْ بالعَكْسِ ، فأحالَ المُقْرِضَ بإبِلٍ ، لم يصِحَّ . انتهى .

تنبيه : قوْلُه : اتِّفاقُ الدَّيْنَين فى الجِنْسِ . كالذَّهَبِ بالذَّهَبِ ، والفِضَّةِ بالفِضَّةِ ، ونحوِهما . والصِّفَةُ ، كالصِّحاحِ بالصِّحاحِ ، وعكْسِه . فلو أحالَ من عليه دَراهِمُ دِمَشْقِيَّةٌ بدَراهِمَ عُثْمانِيَّةٍ ، لم تصِحَّ . قطَع به المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وابنُ رَزِينٍ ، وغيرُهم . قال الزَّرْكَشِيُّ : وكذلك لا تصِحُّ عندَ[1] مَن ألْحَقَها بالمُعاوَضَةِ ؛ [2]إذِ اشْتِراطُ[2] التَّفاوُتِ فيهما مُمْتَنِعٌ ، كالقَرْضِ . وأمَّا مَن ألْحَقَها بالاسْتِيفاءِ ، فقال[3] : إنْ كان تَفاوُتًا يُجْبَرُ على أخْذِه عندَ بَذْلِه ، كالجَيِّدِ عن الرَّدِىءِ ، صحَّتْ ، وإلَّا فلا . انتهى .

---

(١) فى الأصل ، ط : « عنه » .

(٢ - ٢) فى الأصل ، ط : « إذا اشترط » ..

(٣) فى الأصل ، ط : « وقال » .

المقنع

وَالثَّالِثُ ، أَنْ يُحِيلَ بِرِضَاهُ .

الشرح الكبير

عليه المُؤَجَّلُ بتَعْجِيلِه ، أو مَن له الحالُّ بإنْظارِه ، جاز ؛ لأنَّ ذلك يَجُوزُ فى القَرْضِ ، ففى الحَوالَةِ أَوْلَى . فإن مات المُحِيلُ أو المُحْتالُ ، فالأَجَلُ بِحالِه . وإن ماتَ المُحالُ عليه ، انْبَنَى على حُلُولِ الدَّيْنِ بالمَوْتِ ، وفيه رِوَايَتان .

الشَّرْطُ (الثَّالِثُ ، أن يُحِيلَ بِرِضاه) لأنَّ الحَقَّ عليه ، فلا يَلْزَمُه أَداؤُه مِن جِهَةِ الدَّيْنِ الذى على المُحالِ عليه . ولا خِلافَ فى هذا .

فصل : ويُعْتَبَرُ لِصِحَّةِ الحَوالَةِ أن تكونَ بمالٍ مَعْلُومٍ ؛ لأنَّها إن كانت بَيْعًا ، فلا تَصِحُّ فى مَجْهُولٍ ، وإن كانت تَحَوُّلَ الحَقِّ ، فيُعْتَبَرُ فيها التَّسْلِيمُ ، والجَهالَةُ تَمْنَعُ منه ، فتَصِحُّ بكلِّ ما يَثْبُتُ مِثْلُه[1] فى الذِّمَّةِ بالإتْلافِ مِن الأَثْمانِ والحُبُوبِ والأَدْهانِ ، ولا تَصِحُّ فيما لا يَصِحُّ السَّلَمُ فيه ؛ لأنَّه لا يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ ، ومِن شَرْطِ الحَوالَةِ تَساوِى الدَّيْنَيْن . فأمّا ما يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ سَلَمًا غيرَ المِثْلِيّاتِ ، كالمَعْدُودِ والمَذْرُوعِ ، ففى صِحَّةِ الحَوالَةِ به وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ المِثْلَ فيه لا يَتَحَرَّرُ ، ولهذا لا يُضْمَنُ بمِثْلِه فى الإتْلافِ . وهذا ظاهِرُ مَذْهَبِ الشافعىِّ . والثّانِى ، يَصِحُّ . ذَكَرَه القاضِى ؛ لأنَّه حَقٌّ ثابتٌ فى الذِّمَّةِ ، فأشْبَهَ ما له مِثْلٌ . ويَحْتَمِلُ أن يُخَرَّجَ هذان الوَجْهان على الخِلافِ فيما يَقْضِى به قَرْضَ هذه الأَمْوالِ ، فإن كان

الإنصاف

قوله : والثَّالث ، أنْ يُحِيلَ برِضاه ، ولا يُعْتَبَرُ رِضَا المُحالِ عليه ، ولا رِضَا

(١) سقط من : م .

المقنع

وَلَا يُعْتَبَرُ رِضَا الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، وَلَا رِضَا الْمُحْتَالِ إِنْ كَانَ الْمُحَالُ

الشرح الكبير

عليه إبلٌ مِن الدِّيَةِ ، وله على آخرَ مِثْلُها فى السِّنِّ ، فقال القاضِى : تَصِحُّ ؛ لأَنَّها تَخْتَصُّ بأقلِّ ما يَقعُ عليه الاسْمُ فى السِّنِّ والقِيمَةِ وسائرِ الصِّفاتِ . وقال أبو الخَطَّابِ : لا تَصِحُّ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأَنَّها مَجْهُولَةٌ ، ولأنَّ الإبلَ ليست مِن المِثْلِيّاتِ التى تُضْمَنُ بمِثْلِها فى الإتْلافِ ، فلا تَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ سَلَمًا [٧٩/٤ظ] فى رِوايَةٍ . وإن كان عليه إبلٌ مِن[1] دِيَةٍ ، وله على آخرَ مِثْلُها قَرْضًا ، فأحَالَه عليه ، فإن قُلْنا : يَرُدُّ فى[2] القَرْضِ قِيمَتَها . لم تَصِحَّ الحَوالَةُ ؛ لاخْتِلافِ الجنسِ . وإن قُلْنا : يَرُدُّ مِثْلَها . اقْتَضَى قولُ القاضِى صِحَّةَ الحَوالَةِ ؛ لأنَّه أمْكَنَ اسْتِيفاءُ الحَقِّ على صِفَتِه مِن المُحالِ عليه ، ولأنَّ الخِيَرَةَ فى التَّسْلِيمِ إلى مَن عليه الدِّيَةُ ، وقد رَضِىَ بتَسْلِيمِ ما له فى ذِمَّةِ المُقْتَرِضِ . وإن كانت بالعَكْسِ ، فأحالَ[3] المُقْرِضَ بإبلِ الدِّيَةِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّنا إن قُلْنا : تَجِبُ القِيمَةُ فى القَرْضِ . فقد اخْتَلَفَ الجِنْسُ . وإن قُلْنا : يَجِبُ المِثْلُ . فلِلْمُقْرِضِ مِثْلُ ما أقْرَضَ فى صِفاتِه وقِيمَتِه ، والذى عليه الدِّيَةُ لا يَلْزَمُه ذلك .

١٨٥٧ - مسألة : (ولا يُعْتَبَرُ رِضا المُحالِ عليه ، ولا رِضا

الإنصاف

المُحتالِ ، إنْ كان المُحالُ عليه مَلِيئًا . لا يُعْتَبَرُ رِضَا المُحتالِ إذا كان المُحالُ عليه مَلِيئًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ ، فيُجْبَرُ على قَبُولِها . وهو

(١) فى م : « فى » .
(٢) سقط من : م .
(٣) فى م : « فاحتال » .

المقنع

عَلَيْهِ مَلِيئًا .

الشرح الكبير

المُحْتالِ إن كان المُحالُ عليه مَلِيئًا) أمّا المُحالُ عليه فلا يُعْتَبَرُ رِضاه ؛ لأنَّ للمُحيلِ[1] أن يَسْتَوْفِيَ الحَقَّ بِنَفْسِه وبِوَكِيلِه ، وقد أقامَ المُحْتالَ مُقامَ نَفْسِه في القَبْضِ ، فلَزِمَ المُحالَ عليه الدَّفْعُ إليه ، كالوَكِيلِ ، وإنما تُعْتَبَرُ المَلاءَةُ في رِضا المُحْتالِ . [2]والمَلِيءُ : القادِرُ على الوَفاءِ ، غيرُ المُماطِلِ . جاءَ في الحَدِيثِ عن النبيِّ ﷺ أنَّ اللهَ تعالى يَقُولُ : « مَنْ[2] يُقْرِضُ الْمَلِئَ غَيْرَ الْمُعْدِمِ »[3] . وقال الشّاعِرُ[4] :

تُطِيلِينَ لَيّانِي وأنْتِ مَلِيئَةٌ وأُحْسِنُ يا ذاتَ الوِشاحِ التَّقاضِيَا

يَعْنِي قادِرَةٌ على وَفائِي . قال أحمدُ في تَفْسِيرِ المَلِيءِ : أن يَكُونَ مَلِيئًا بمالِه وقَوْلِه وبَدَنِه . فمتى أُحِيلَ على مَن هذه صِفَتُه ، لَزِم المُحْتالَ والمُحالَ

الإنصاف

مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وعنه ، يُعْتَبَرُ رِضاه . ذكَرَها ابنُ هُبَيْرَةَ ، ومَن بعدَه .

فائدتان ؛ إحْداهما ، فسَّر الإمامُ أحمدُ رَضِيَ اللهُ عنه المَلِيءَ ، فقال : هو أنْ يكونَ مَلِيئًا بمالِه[5] وقَوْلِه وبدَنِه . وجزَم به في « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . زادَ في « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » ، أو فِعْلِه . وزادَ في « الكُبْرَى » عليهما وتَمَكُّنِه[6] مِنَ الأداءِ .

(١) في الأصل : « للمحتال » .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) أخرجه مسلم بمعناه ، في : باب الترغيب في الدعاء والذكر .. ، من كتاب صلاة المسافرين . صحيح مسلم ٥٢٢/١ .

(٤) البيت لذى الرمة ، وهو في ديوانه ١٣٠٦/٢ .

(٥) في الأصل : « حاله » .

(٦) في الأصل ، ط : « وعليه » .

الشرح الكبير

عليه القَبُولُ ، و لم يُعْتَبَرْ رِضاهُما . وقال أبو حنيفةَ : يُعْتَبَرُ رِضاهُما ؛ لأنَّه مُعاوَضَةٌ ، فيُعْتَبَرُ الرِّضا مِن المُتَعاقِدَيْن . وقال مالِكٌ ، والشافعيُّ : يُعْتَبَرُ رِضا المُحْتالِ ؛ لأنَّ حَقَّه فى ذِمَّةِ المُحِيلِ ، فلا يَجُوزُ نَقْلُه إلى غيرِها بغيرِ رِضاه ، كما لا يَجُوزُ أن يُجْبِرَه على أن يَأْخُذَ بالدَّيْنِ عَرْضًا[1] . فأمّا المُحالُ عليه ، فقال مالِكٌ : لا يُعْتَبَرُ رِضاه ، إلَّا أن يَكُونَ المُحْتالُ عَدُوَّه . وللشافعيِّ فى اعْتِبارِ رِضاه قَوْلان ؛ أحدُهما ، يُعْتَبَرُ . وهو يُحْكَى عن الزُّهْرِيِّ ؛ لأنَّه أحَدُ مَن تَتِمُّ به الحَوالَةُ ، فأشْبَهَ المُحِيلَ . والثّانِى ، لا يُعْتَبَرُ ؛ لأنَّه أقامَه فى القَبْضِ مُقامَ نَفْسِه ، فلم يَفْتَقِرْ إلى رِضا مَن عليه الحَقُّ ، كالتَّوْكِيلِ . ولَنا ، قولُ النبيِّ ﷺ : « إذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ » . [2]مُتَّفَقٌ عليه[2] . ولأنَّ للمُحِيلِ أن يُوَفِّيَ الحَقَّ الذى عليه بنَفْسِه وبوَكِيلِه ، وقد أقامَ المُحالَ عليه مُقامَ نَفْسِه فى التَّقْبِيضِ ، فلَزِمَ المُحْتالَ[3] القَبُولُ ، كما لو وَكَّلَ رجلًا فى إيفائِه . وفارَقَ ما إذا أرادَ أن يُعْطِيَه عمَّا فى ذِمَّتِه عَرْضًا ؛ لأنَّه يُعْطِيه غيرَ ما وَجَب له ، فلم يَلْزَمْه قَبُولُه .

الإنصاف

وقيل : هو المَلِيءُ بالقَوْلِ والأمانَةِ ، وإمْكانِ[4] الأَداءِ . قال الزَّرْكَشِيُّ عن تفسيرِ الإمامِ أحمدَ : الذى يَظْهَرُ أنَّ المَلِيَّ بالمالِ ، أنْ يَقْدِرَ على الوَفاءِ ، والقَوْلِ ، أنْ لا يكُونَ مُماطِلًا ، والبَدَنِ أنْ يُمْكِنَ حُضُورُه إلى مَجْلِسِ الحُكْمِ . [٢/١٢٧و]

الثّانيةُ ، يَبْرَأُ المُحِيلُ بمُجَرَّدِ الحَوالَةِ ، ولو أفْلَسَ المُحالُ عليه ، أو جحَد ، أو ماتَ .

---

(١) فى م : « عوضا » .
(٢ - ٢) سقط من : م . والحديث تقدم تخريجه فى صفحة ٨٩ .
(٣) فى ق : « المحال » .
(٤) فى الأصل ، ط : « المكان » .

الشرح الكبير

وإن لم يَكُنِ المُحالُ عليه [٨٠/٤و] مَلِيئًا ، لم يَلْزَمْه أن يَحْتالَ ؛ لمَفْهُومِ الحَديثِ ، ولأنَّ عليه ضَرَرًا فى ذلك ، فلم يَلْزَمْه ، كما لو بَذَلَ له دُونَ حَقِّه فى الصِّفَةِ .

فصل : فإن شَرَط المُحْتالُ مَلاءَةَ المُحالِ عليه ، فبانَ مُعْسِرًا ، رَجَع على المُحِيلِ . وبه قال بعضُ الشّافِعِيَّةِ . وقال بعضُهم : لا يَرْجِعُ ؛ لأنَّ الحَوالَةَ لا تُرَدُّ بالإعْسارِ ، وإذا لم يَشْتَرِطِ المَلاءَةَ ، فلا تُرَدُّ به ، وإن شَرَط ، كما لو شَرَط كَوْنَهُ مُسْلِمًا . ويُفارِقُ البَيْعَ ، فإنَّ الفَسْخَ يَثْبُتُ بالإعْسارِ فيه مِن غيرِ شَرْطٍ ، بخِلافِ الحَوالَةِ . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ »[1] . ولأنَّه شَرَط ما فيه مَصْلَحَةُ العَقْدِ فى عَقْدِ مُعاوَضَةٍ ، فيَثْبُتُ الفَسْخُ بفَواتِه ، كما لو شَرَط صِفَةً فى المَبِيعِ ، وقد يَثْبُتُ بالشَّرْطِ ما لا يَثْبُتُ بإطْلاقِ العَقْدِ ، بدَلِيلِ اشْتِراطِ صِفَةٍ فى المَبِيعِ .

الإنصاف

على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . ونقَلَه الجماعَةُ عن الإمامِ أحمدَ . وصحَّحَه القاضى يَعْقُوبُ . قال النَّاظِمُ ، وصاحِبُ « الفائقِ » : هذا المَشْهورُ عن أحمدَ . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وعنه لا يَبْرَأُ إلَّا برِضَا المُحْتالِ ؛ فإنْ أبَى ، أجْبَرَه الحاكِمُ ، لكِنْ تَنْقَطِعُ المُطالَبَةُ بمُجَرَّدِ الحَوالَةِ . وقال فى « الفائقِ » : وعنه ، لا يَبْرَأُ مُطْلَقًا . وهو ظاهِرُ كلامِ الْخِرَقِىِّ ، وتُفِيدُ الإلْزامَ فقط . ذكَرَها فى « النُّكَتِ » . وهو المُخْتارُ . انتهى . فهذه رِوايَةٌ ثالِثَةٌ ، قلَّ مَن ذكَرَها . وأطْلَقَ الرِّوايتَيْن الأُولَتَيْن فى « المُحَرَّرِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » . قال فى « القاعِدَةِ الثَّالِثَةِ والعِشْرِين » : ومَبْنَى الرِّوايتَيْن ، أنَّ

---

(١) تقدم تخريجه فى ١٤٩/١٠ .

المقنع

وَإِنْ ظَنَّهُ مَلِيئًا ، فَبَانَ مُفْلِسًا ، وَلَمْ يَكُنْ رَضِىَ بِالْحَوالَةِ ، رَجَعَ عَلَيْهِ ، وَإِلَّا فَلَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَرْجِعَ .

الشرح الكبير

١٨٥٨ - مسألة : (وإن ظَنَّه مَلِيئًا ، فبان مُفْلِسًا ، و لم يَكُنْ رَضِىَ بالحَوالَةِ ، رَجَع عليه ، وإلَّا فلا . ويَحْتَمِلُ أن يَرْجِعَ) أمّا إذا لم يَرْضَ المُحْتالُ بالحَوالَةِ ، ثم بان المُحالُ عليه مُفْلِسًا أو مَيِّتًا ، رَجع على المُحِيلِ ، بغيرِ خِلافٍ ؛ فإنَّه[1] لا يَلْزَمُه الاحْتِيالُ على غيرِ المَلِيءِ ؛ لِما عليه فيه مِن الضَّرَرِ ، وإنَّما أمَرَ النبىُّ ﷺ بقَبُولِ الحَوالَةِ على المَلِيءِ . وإن كان رَضِىَ بالحَوالَةِ ، لم يَرْجِعْ ؛ لأنَّه رَضِىَ بدُونِ حَقِّه . ويَحْتَمِلُ أن يَرْجِعَ ؛ لأنَّ الفَلَسَ عَيْبٌ فى الذِّمَّةِ ، فأشْبَهَ ما لو اشْتَرَى شيئًا يَظُنُّه سَلِيمًا فبان مَعِيبًا .

الإنصاف

الحَوالَةَ ، هل هى نَقْلٌ للحَقِّ أو تَقْبِيضٌ ؟ فإنْ قُلْنا : هى نَقْلٌ للحَقِّ . لم يُعْتَبَرْ لها قَبُولٌ . وإنْ قُلْنا : هى تَقْبِيضٌ . فلابُدَّ مِنَ القَبْضِ بالقَوْلِ ، وهو قَبُولُها ، فيُجْبَرُ المُحْتالُ عليه . انتهى . فعلى الرِّوايَةِ الثَّانِيَةِ ، قال فى « الفُروعِ » : يتَوَجَّهُ أنَّ للمُحْتالِ مُطَالَبَةَ المُحِيلِ قبلَ إجْبارِ الحاكِمِ . وذكَر أبو حازِمٍ ، وابْنُه أبو يَعْلَى ، ليس له المُطالَبَةُ ، كتَعْيِينِه كِيسًا فيُرِيدُ غيرَه .

قوله : وإنْ ظَنَّه مَلِيئًا ، فبانَ مُفْلِسًا ، و لم يَكُنْ رَضِىَ بالحَوالَةِ ، رجَع عليه ، وإلا فلا . هنا مَسائلُ ؛ الأُولَى ، لو رَضِىَ المُحْتالُ بالحوالَةِ مُطْلَقًا ، بَرِئَ المُحِيلُ . الثَّانيةُ ، لو ظهَر أنَّه مُفْلِسٌ ، مِن غيرِ شَرْطٍ ولا رِضًا مِنَ المُحْتالِ ، وهى إحْدَى مَسْأَلَتَىِ المُصَنِّفِ ، رجَع ، بلا نِزاعٍ . الثَّالثةُ ، لو رَضِىَ بالحَوالَةِ ، و لم يَشْتَرِطِ اليَسارَ وَجهِلَه ، أو ظَنَّه مَلِيئًا ، فبانَ مُفْلِسًا ، وهى مَسْأَلَةُ المُصَنِّفِ الثَّانيةِ ، بَرِئَ

---

(١) فى م : « و » .

المقنع

وَإِذَا أَحَالَ الْمُشْتَرِى الْبَائِعَ بِالثَّمَنِ ، أَوْ أَحَالَ الْبَائِعُ عَلَيْهِ بِهِ ، فَبَانَ الْبَيْعُ بَاطِلًا ، فَالْحَوَالَةُ بَاطِلَةٌ .

الشرح الكبير

١٨٥٩ – مسألة : (وإذا أحالَ المُشْتَرِى البائعَ بالثَّمَنِ ، أو أحالَ البائعُ عليه به ، فبان البَيْعُ باطِلًا ، فالحَوالَةُ باطِلَةٌ) مثل أن يَشْتَرِىَ عَبْدًا ، فيُحِيلُ المُشْتَرِى البائعَ بثَمَنِه[1] ، ثم يَظْهَرُ العَبْدُ حُرًّا أو مُسْتَحَقًّا ، فالبَيْعُ باطِلٌ ، والحَوالَةُ باطِلةٌ ؛ لأنَّا تَبَيَّنَّا أن لا ثَمَنَ على المُشْتَرِى . وكذلك إن أحالَ البائعُ على المُشْتَرِى أجْنَبِيًّا بالثَّمَنِ متى بَطَل البَيْعُ بَطَلتِ الحَوالَةُ ؛ لذلك . والحُرِّيَّةُ إنَّما تَثْبُتُ بِبَيِّنَةٍ أو اتِّفاقِهم ، فإنِ اتَّفَقَ المُحِيلَ والمُحالُ عليه على حُرِّيَّتِه ، وكَذَّبهما المُحْتالُ ، ولا بَيِّنَةَ بذلك ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهما

الإنصاف

المُحِيلُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ[2] عليه ، وعليه الأصحابُ . ويَحْتَمِلُ أنْ يَرْجِعَ . وهو رِوايَةٌ عن أحمدَ . ذكَرَها المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » . وقال : وبه قال بعضُ أصحابِنا . وذكَرَه بعضُهم وَجْهًا ، وهو ظاهِرُ ما جزَم به ابنُ رَزِينٍ فى « نِهايَتِه » ، و « نَظْمِها » . وأطْلَقَهما فى « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . وقيل : الخِلافُ وَجْهان . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وهى طَرِيقَةُ ابنِ البَنَّا . الرَّابعةُ ، لو شرَط المُحِيلُ أنَّ المُحالَ عليه مَلِئٌ ، ثم تبَيَّنَ عُسْرَتَه ، رجَع المُحْتالُ على المُحِيلِ ، بلا نِزاعٍ . وتقدَّم إذا أحالَه على مَلِىءٍ .

قوله : وإذا أحالَ المُشْتَرِى البائعَ بالثَّمَنِ ، أو أحالَ البائعُ عليه به ، فبانَ البَيْعُ باطِلًا ، فالحَوالَةُ باطِلَةٌ . بلا نِزاعٍ .

---

(١) فى م : « بالثمن » .

(٢) سقط من : الأصل ، ط .

المقنع وَإِنْ فُسِخَ الْبَيْعُ بِعَيْبٍ أَوْ إِقَالَةٍ ، لَمْ تَبْطُلِ الْحَوَالَةُ .

الشرح الكبير عليه ؛ لأنَّهما يُبْطِلانِ حَقَّه ، فأشْبَهَ ما لو باع المُشْتَرِى العَبْدَ ثم اعْتَرَفَ هو وبائِعُه أنَّه كان حُرًّا ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهما على المُشْتَرِى الثَّانِى . وإن أقاما بَيِّنَةً ، لم تُسْمَعْ ؛ لأنَّهما كَذَّباها بدُخُولِهما فى التَّبايُعِ . وإن أقامَ العَبْدُ بَيِّنَةً بحُرِّيَّتِه ، قُبِلَتْ ، وبَطَلَتِ الحوالَةُ . وإن صَدَّقَهما المُحْتالُ ، وادَّعَى أنَّ الحَوالَةَ بغيرِ ثَمَنِ العَبْدِ ، فالقولُ قَوْلُه مع يَمِينِه ؛ لأنَّ الأصْلَ صِحَّةُ الحَوالَةِ ، وهما يَدَّعِيان بُطْلانَها ، فكانت جَنْبَتُه أقْوَى . فإن أقام البَيِّنَةَ أنَّ الحَوالَةَ كانت بالثَّمَنِ ، قُبِلَتْ ؛ لأنَّهما لم يُكَذِّباها . [٤/٨٠ظ] وإنِ اتَّفَقَ المُحِيلُ والمُحْتالُ على حُرِّيَّةِ العَبْدِ ، وكَذَّبَهما المُحالُ عليه ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهما عليه فى حُرِّيَّةِ العَبْدِ ؛ لأنَّه إقْرارٌ على غيرِهما ، وتَبْطُلُ الحَوالَةُ ؛ لِاتِّفاقِ المَرْجُوعِ عليه بالدَّيْنِ والرّاجِعِ به على اسْتِحْقاقِ الرُّجُوعِ ، والمُحالُ عليه يَعْتَرِفُ للمُحْتالِ بدَيْنٍ لا يُصَدِّقُه فيه ، فلا يَأْخُذُ منه شيئًا . وإنِ اعْتَرَفَ المُحْتالُ والمُحالُ عليه بحُرِّيَّةِ العَبْدِ عَتَق ؛ لإقْرارِ مَن هو فى يَدِه بحُرِّيَّتِه ، وبَطَلَتِ الحَوالَةُ بالنِّسْبةِ إليهما ، و لم يَكُنْ للمُحْتالِ الرُّجُوعُ على المُحِيلِ ؛ لأنَّ دُخُولَه معه فى الحَوالَةِ اعْتِرافٌ بِبَراءَتِه ، فلم يَكُنْ له الرُّجُوعُ عليه .

١٨٦٠ – مسألة : (فإن فُسِخَ العَقْدُ بعَيْبٍ أو إقالَةٍ ، لم تَبْطُلِ الحَوالَةُ) يَعْنِى إذا فُسِخَ العَقْدُ بعَيْبٍ أو إقالَةٍ بعدَ القَبْضِ ، فيما إذا أحالَ

الإنصاف قوله : وإنْ فُسِخَ البَيْعُ بعَيْبٍ أو إقالَةٍ ، لم تَبْطُلِ الحَوالَةُ . (١إذا فُسِخَ البَيْعُ

(١ –١) سقط من : الأصل ، ط .

الشرح الكبير

الْمُشْتَرِى البائِعَ بالثَّمَنِ ، فقد بَرِئَ الْمُحالُ عليه ؛ لأنَّه قَبَض منه بإذْنِه ، ويَرْجِعُ الْمُشْتَرِى على البائِعِ . فإن كان ذلك قبلَ القَبْضِ ، فقال القاضِى : تَبْطُلُ الحَوالَةُ ، ويَعُودُ الْمُشْتَرِى إلى ذِمَّةِ الْمُحالِ عليه ، ويَبْرَأُ البائِعُ ، فلا يَبْقَى له دَيْنٌ ولا عليه ؛ لأنَّ الحَوالَةَ بالثَّمَنِ ، وقد سَقَط بالفَسْخِ ، فَيَجِبُ أن تَبْطُلَ الحَوالَةُ لذَهابِ حَقِّه مِن المالِ الْمُحالِ به . وقال أبو الخَطّابِ : لا تَبْطُلُ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّ الْمُشْتَرِىَ عَوَّضَ البائِعَ عمّا فى ذِمَّتِه ما له فى ذِمَّةِ الْمُحالِ عليه ، ونَقَل حَقَّه إليه نَقْلًا صَحِيحًا ، وبَرِئَ مِن الثَّمَنِ ، وبَرِئَ الْمُحالُ عليه مِن دَيْنِ الْمُشْتَرِى ، فلم يَبْطُلْ ذلك بفَسْخِ العَقْدِ الأوَّلِ ، كما لو أعْطاه بالثَّمَنِ ثَوْبًا وسَلَّمَه إليه ، ثم فَسَخ العَقْدَ ، لم يَرْجِعْ بالثَّوْبِ ، كذا هـٰهُنا . فإن قُلْنا ببُطْلانِ الحَوالَةِ ، رَجَع الْمُحِيلُ على الْمُحالِ عليه بدَيْنِه ، ولم يَبْقَ[1] بينَهما وبينَ البائِعِ مُعامَلَةٌ . وإن قُلْنا : لا تَبْطُلُ .

الإنصاف

بعَيْبٍ ، أو إقالَةٍ ، أو خِيارٍ ، أوِ انْفسَخَ النِّكاحُ بعدَ الحَوالَةِ بينَ الزَّوجَيْن ونحوِها ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ بعدَ قَبْضِ الْمُحْتالِ مالَ الحَوالَةِ ، أو قبلَه ، فإنْ كان بعدَ القَبْضِ ، لم تَبْطُلِ الحَوالَةُ[1] ، قوْلًا واحدًا . قالَه ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، والمُصَنِّفُ هنا ، وغيرُهم . فعلى هذا ، للمُشْتَرِى الرُّجوعُ على البائعِ ، فى مَسْأَلَتَى حوَالَتِه والحَوالَةِ عليه ، لا على مَن كان عليه الدَّيْنُ فى المَسْأَلَةِ الأُولَى ، ولا على مَن أُحِيلَ عليه فى الثَّانِيَةِ . وإنْ كان قبلَ القَبْضِ ، لم تَبْطُلِ الحَوالَةُ أيضًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، سواءٌ أُحِيلَ على المُشْتَرِى بثَمَنِ المَبِيعِ ، أو أحالَ به ، كما لو أعْطَى البائعَ بالثَّمَنِ عَرْضًا . جزَم

---

(١) سقط من : الأصل .

المقنع

وَلِلْبَائِعِ أَنْ يُحِيلَ الْمُشْتَرِىَ عَلَى مَنْ أَحَالَهُ الْمُشْتَرِى عَلَيْهِ فِى الصُّورَةِ الْأُولَى ، وَلِلْمُشْتَرِى أَنْ يُحِيلَ الْمُحْتَالَ عَلَيْهِ عَلَى الْبَائِعِ

الشرح الكبير

رَجَعَ المُشْتَرِى على البائعِ بالثمنِ ، ويأْخُذُه البائعُ مِن المُحالِ عليه . وإن كانتِ المَسْأَلَةُ بحالِها ، لكن أحالَ البائعُ أجْنَبِيًّا بالثَّمنِ على المُشْتَرِى ، ثم رَدَّ العَبْدَ المَبيعَ ، ففى الحَوالَةِ وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا تَبْطُلُ ؛ لأنَّ ذِمَّةَ المُشْتَرِى بَرِئَتْ بالحَوالَةِ مِن حَقِّ البائعِ ، وصار الحَقُّ عليه للمُحْتالِ ، فأشْبَهَ ما لو دَفَعه المُشْتَرِى إلى المُحِيلِ . فعلى هذا ، يَرْجِعُ المُشْتَرِى على البائعِ بالثَّمَنِ ، ويُسَلِّمُ للمُحْتالِ ما أحالَه به . والثّانِى ، تَبْطُلُ الحَوالَةُ إن كان الرَّدُّ قبلَ القَبْضِ ؛ لسُقُوطِ الثَّمَنِ الذى كانتِ الحَوالَةُ به ، (1)ولأنَّه(1) لا فائِدَةَ فى بَقاءِ الحَوالَةِ ، فيَعُودُ البائعُ بدَيْنِه ، ويَبْرَأُ المُشْتَرِى منهما ، كالمسألةِ قبلَها .

١٨٦١ – مسألة : (وللبائعِ أن يُحِيلَ المُشْتَرِىَ على مَن أحالَه المُشْتَرِى عليه فى الصُّورَةِ الأُولَى ، وللمُشْتَرِى أن يُحِيلَ المُحْتالَ عليه على البائعِ فى الثّانِيَةِ) إذا قُلْنا : إنَّ الحَوالَةَ لا تَبْطُلُ . (ويَحْتَمِلُ أن تَبطُلَ

الإنصاف

به فى « الوَجيزِ » ، « والمُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الآدَمِىِّ » ، و « تَذْكِرَةِ ابن عَبْدُوسٍ » ، وغيرِهم . وقدَّمه المُصَنِّفُ ، وصاحِبُ « المُحَـرَّرِ » ، و« الفُروعِ » ، وغيرُهم . والحُكْمُ على هذا كالحُكْمِ فيما إذا كان بعدَ القَبْضِ ، على ما تقدَّم .

وللبائعِ أنْ يُحِيلَ المُشْتَرِىَ على مَن أحالَه المُشْتَرِى عليه ، فى الصُّورَةِ الأُولَى ،

(1 - 1) فى م : « و » .

المقنع

فِى الثَّانِيَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَبْطُلَ إِنْ لَمْ يَكُنْ قَبَضَهَا .

الشرح الكبير

إذا لم يَكُنْ قَبَضَها) وقد ذَكَرْناه . [٤/٨١و]

فصل : إذا أحالَ رجلًا على زَيْدٍ بألْفٍ ، فأحالَه زَيْدٌ بها على عَمْرٍو ، فالحَوالَةُ صَحِيحَةٌ ؛ لأنَّ حَقَّ الثّانِى ثابتٌ مُسْتَقِرٌّ فى الذِّمَّةِ ، فصَحَّ أن يُحِيلَ به ، كالأوَّلِ . وهكذا لو أحالَ الرجلُ عَمْرًا على زَيْدٍ بما ثَبَتَ له فى ذِمَّتِه ،

الإنصاف

وللمُشْتَرِى أنْ يُحِيلَ المُحْتالَ عليه على البائعِ فى الصُّورَةِ الثَّانيةِ . ويَحْتَمِلُ أنْ تَبْطُلَ . وهو وَجْهٌ ، كما لو (١بانَ البَيْعُ١) باطِلًا ببَيِّنَةٍ ، أوِ اتِّفاقِهما ، ولا تَفْرِيعَ عليه . وجزَم به ابنُ رَزِينٍ فى « نِهايَتِه » ، و « نَظْمِها » . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « النَّظْمِ » . وقال القاضى : تَبْطُلُ الحَوالَةُ به ، لا عليه ؛ لتَعَلُّقِ الحَقِّ بثالثٍ . وجزَم فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الكافِى » ، و « التَّلْخِيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، وغيرِهم ، بصِحَّةِ الحَوالَةِ على المُشْتَرِى ، وهى الصُّورَةُ الثَّانِيَةُ فى كلامِ المُصَنِّفِ . وأطْلَقُوا الوَجْهَيْن فى بُطْلانِ الحَوالَةِ به ، وهى الصُّورَةُ الأُولَى فى كلامِ المُصَنِّفِ ، إلَّا صاحِبَ « الكافِى » ، فإنَّه قدَّم بُطْلانَ الحَوالَةِ . وأطْلَقَهُنَّ فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » . فعلى الوَجْهِ الثَّانى ، هل يَبْطُلُ إذْنُ المُشْتَرِى للبائعِ أم لا ؟ فيه وَجْهان ، وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ؛ أحدُهما ، يَبْطُلُ . قدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . والثَّانِى ، لا يَبْطُلُ . قال فى « التَّلْخِيصِ » : فعلى وَجْهِ بُطْلانِ الحَوالَةِ ، لا يجوزُ له القَبْضُ ، فإنْ فعَل ، احْتَمَلَ أنْ لا يقَع عنِ المُشْتَرِى ؛ لأنَّ الحَوالَةَ انْفَسَخَتْ ، فبطَل الإذنُ[٢] الذى كان ضِمْنَها . واحْتَمَلَ

(١ – ١) فى الأصل ، ط : « كان المبيع » .

(٢) فى الأصل : « للأول » . وفى ط : « الأول » .

المقنع وَإِذَا قَالَ : أَحَلْتُكَ . قَالَ : بَلْ وَكَّلْتَنِي . أَوْ قَالَ : وَكَّلْتُكَ . قَالَ : بَلْ أَحَلْتَنِي . فَالْقَولُ قَوْلُ مُدَّعِي الْوَكَالَةِ .

الشرح الكبير صَحَّ أيضًا ؛ لِما ذَكَرْنا ، وتكَرُّرُ المُحْتالِ والمُحِيلِ لا يَضُرُّ .

١٨٦٢ – مسألة : (وإذا قال : أحَلْتُك . قال : بل وَكَّلْتَنِي . أو قال : وَكَّلْتُكَ . قال : بل أحَلْتَنِي . فالقولُ قولُ مُدَّعِي الوَكالَةِ) إذا كان لرجلٍ دَيْنٌ على آخرَ ، فأذِنَ لرَجُلٍ في قَبْضِه ، ثم اخْتَلَفا ، فقال : أحَلْتُكَ بدَيْنِك . قال : بل وَكَّلْتَنِي ، ودَيْنِي باقٍ في ذِمَّتِك . أو قال : وَكَّلْتُكَ في قَبْضِ دَيْنِي بلَفْظِ التَّوْكِيلِ . قال : بل أَحَلْتَنِي بلَفْظِ الحَوالَةِ . فالقولُ قولُ مُدَّعِي الوَكالَةِ مع يَمِينِه ؛ لأنَّه يَدَّعِي بَقاءَ الحَقِّ على[1] ما كان ، ويُنْكِرُ انْتِقالَه ، والأصْلُ معه . فإن كان لأحَدِهما بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ بها ؛ لأنَّ اخْتِلافَهما

الإنصاف أنْ يقَع عنه ؛ لأنَّ الفَسْخَ ورَد على خُصوصِ جِهَةِ [١٢٧/٢ظ] الحَوالَةِ ، دُونَ ما تَضَمَّنَه الإذْنُ ، فيُضاهِي تَرَدُّدَ الفُقَهاءِ في الأمْرِ[2] إذا نُسِخَ الوُجوبُ ، هل يَبْقَى الجَوازُ ؟ والأصحُّ عندَ أصحابِنا بَقاؤُه ، وإذا صلَّى الفَرْضَ قبلَ وَقْتِها انْعقَدَ نَفْلًا . انتهى . قال شَيْخُنا في « حَواشِي الفروعِ » : وهذا يرْجِعُ إلى قاعِدَةٍ ، وهى ما إذا بطَل الوَصْفُ ، هل يَبْطُلُ الأصْلُ ، أو يَبْطُلُ الوَصْفُ فقط ؟ ويَرْجِعُ إلى قاعِدَةٍ ، وهى إذا بطَل الخُصُوصُ ، هل يَبْطُلُ العُمومُ ؟ وهى مَسْأَلَةُ خِلافٍ بينَ العُلَماءِ . ذكَرَها في « القَواعِدِ الأُصُولِيَّةِ » .

قوله : وإنْ قالَ : أحَلْتُك . قالَ : بل وَكَّلْتَنِي . أو قالَ : وَكَّلْتُك . قالَ : بل

---

(١) في ر : « بمحل » .

(٢) سقط من : الأصل .

المقنع

وَإِنِ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّهُ قَالَ : أَحَلْتُكَ . وَادَّعَى أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أُرِيدَ بِهَا الْوَكَالَةُ ، وَأَنْكَرَ الْآخَرُ ، فَفِي أَيِّهِمَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ ؟ وَجْهَانِ .

الشرح الكبير

فى اللَّفْظِ ، وهو مِمّا يُمْكِنُ إقامَةُ البَيِّنَةِ عليه .

١٨٦٣ – مسألة : (وإنِ اتَّفقا على أنَّه قال : أحَلْتُكَ) بالمالِ الذى لى[1] قِبَلَ زَيْدٍ . ثم اخْتَلَفا ، فقال المُحِيلُ : إنَّما وَكَّلْتُك فى القَبْضِ لِى . وقال الآخَرُ : بل أحَلْتَنِى بدَيْنِى عليك . فالقولُ قولُ مُدَّعِى الحَوالَةِ ، فى أحدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّ الظاهِرَ معه ، فإنَّ اللَّفْظَ حَقِيقَةٌ فى الحَوالَةِ دُونَ الوَكالَةِ ، فيَجِبُ حَمْلُ اللَّفْظِ على ظاهِرِه ، كما لو اخْتَلَفا فى دارٍ فى يَدِ أحَدِهما . والثّانِى ، القولُ قولُ المُحِيلِ ؛ لأنَّ الأصْلَ بَقاءُ حَقِّ المُحِيلِ

الإنصاف

أحَلْتَنِى . فالقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِى الوَكالَةِ . هذا المذهبُ فيهما ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الوَجيزِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . وقيل : القَوْلُ قَوْلُ[2] مُدَّعِى الحَوالَةِ . اخْتارَه القاضى . وقدَّمه فى « الخُلاصَةِ » . وأطْلَقَهما فى « التَّلْخيصِ » ، و « الفُروعِ » .

قوله : وإنِ اتَّفَقا على أنَّه قالَ : أحَلْتُك . وادَّعَى أحدُهما أنه أُرِيدَ بها الوَكالَةُ ، وأنْكَرَ الآخَرُ ، ففى أيِّهما يُقْبَلُ قوْلُه ؟ وَجْهان . وأطْلَقهما فى « الكافِى » ،

---

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : ط .

الشرح الكبير

على المُحالِ عليه ، والمُحْتالُ يَدَّعِى نَقْلَه ، والمُحِيلُ يُنْكِرُه ، والقول قولُ المُنْكِرِ . فعلى الوَجْهِ الأوَّلِ ، يَحْلِفُ المُحْتالُ ، ويَثْبُتُ حَقُّه فى ذِمَّةِ المُحالِ عليه ، ويَسْتَحِقُّ مُطالَبَته ، ويَسْقُطُ عن المُحِيلِ . وعلى الوَجْهِ الثّانِى ، يَحْلِفُ المُحِيلُ ، ويَبْقَى حَقُّه فى ذِمَّةِ المُحالِ عليه . وعلى كلا الوَجْهَيْن ، إن كان المُحْتالُ قد قَبَض مِن المُحالِ عليه ، وتَلِف فى يَدِه ، فقد بَرِئَ كلٌّ واحدٍ منهما مِن صاحِبِه ، فلا ضَمانَ عليه ، سواءٌ تَلِف بتَفْرِيطٍ أو غيرِه ؛ لأنَّه إن تَلِف بتَفْرِيطٍ ، وكان المُحْتالُ مُحِقًّا ، فقد أتْلَفَ مالَه ، وإن كان مُبْطِلًا ، ثَبَت لكلٍّ واحدٍ منهما فى ذِمَّةِ الآخَرِ مثلُ[1] ما فى ذِمَّتِه له ، فيتَقاصّان ، ويَسْقُطان . وإن تَلِف بغيرِ تَفْرِيطٍ ، فالمُحْتالُ يَقُولُ : قد قَبَضْتُ حَقِّى وتَلِف فى يَدِى ، وبَرِئَ منه المُحِيلُ بالحَوالَةِ ، والمُحالُ عليه بتَسْلِيمِه . والمُحِيلُ يَقُولُ : قد تَلِف المالُ فى يَدِ وَكِيلِى بغيرِ تَفْرِيطٍ . فلا ضَمانَ عليه . وإن لم يَتْلَفْ ، احْتَمَلَ أن لا يَمْلِكَ المُحِيلُ طَلَبَه ؛ لأنَّه مُعْتَرِفٌ أنَّ له عليه مِن الدَّيْنِ مثلَ ما له فى يَدِه وهو مُسْتَحِقٌّ لقَبْضِه ، فلا فائِدَةَ فى أن يَقْبِضَه منه ثم يُسَلِّمَه إليه . ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَ أخْذَه منه ، ويَمْلِكَ [٨١/٤ظ] المُحْتالُ مُطالَبَتَه بدَيْنِه . وقيل : يَمْلِكُ المُحِيلُ أخْذَه منه ، ولا يَمْلِكُ المُحْتالُ المُطالَبَةَ بدَيْنِه ؛ لاعْتِرافِه ببَراءَةِ المُحِيلِ منه بالحَوالَةِ .

الإنصاف

و « المُغْنِى » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفُروعِ » ؛ أحدُهما ، القَوْلُ قوْلُ مُدَّعِى الوَكالَةِ . وهو المذهبُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الآدَمِىِّ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

وليس بصَحِيحٍ ؛ لأنَّ المُحْتالَ إنِ اعْتَرفَ بذلك ، فهو يَدَّعِى أنَّه قَبَض هذا المالَ منه بغيرِ حَقٍّ ، وأنَّه[1] يَسْتَحِقُّ المُطالَبَةَ به . فعلى كلا الحالَيْن ، هو مُسْتَحِقٌّ للمُطالَبَةِ بمِثْلِ هذا المالِ المَقْبوضِ منه فى قَوْلِهما جميعًا ، فلا وَجْهَ لإِسْقاطِه ، ولا مَوْضِعَ للبَيِّنَةِ فى هذه المَسْأَلَةِ ؛ لأنَّهما لا يَخْتَلِفان فى لَفْظٍ يُسْمَعُ ، ولا فِعْلٍ يُرَى ، وإنَّما يَدَّعِى المُحِيلُ نِيَّتَه[2] ، وهذا لا تَشْهَدُ به البَيِّنَةُ نَفْيًا ولا إثْباتًا .

فصل: فإن قال: أحَلْتُك بدَيْنِك. قال: وَكَّلْتَنِى. ففيها[3] وَجْهان أيضًا؛ لِما قَدَّمْنا. فإن قلنا: القولُ قولُ المُحِيلِ . فحَلَفَ، بَرِئَ مِن حقِّ المُحْتالِ، وللمُحْتالِ قَبْضُ المالِ مِن المُحالِ عليه لنَفْسِه؛ لأنَّه يَجُوزُ ذلك بقَوْلِهما معًا، فإذا قَبَضَه، كان له بحَقِّه. وإن قُلْنا: القَوْلُ قولُ المُحْتالِ. فحَلَفَ، كان له مُطالَبَةُ المُحِيلِ بحَقِّه ومُطالَبَةُ المُحْتالِ عليه؛ لأنَّه إمّا وَكِيلٌ أو مُحْتالٌ. فإن قَبَض منه قبلَ أخْذِه مِن المُحِيلِ ، فله أخْذُ ما قَبَض لنَفْسِه[4]؛ لأنَّ المُحِيلَ

الإنصاف

« المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . والوَجْهُ الثَّانِى ، القَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِى الحَوالَةِ . وصحَّحه فى « التَّلْخيصِ » ، و « الفائقِ » ، و « تَجْريدِ العِنايَةِ » . قلتُ : وهو الصَّوابُ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، مِثْلُ ذلك فى الحُكْمِ ، لو قال : أحَلْتُك بدَيْنِى . وادَّعَى أحدُهما أنَّه أُرِيدَ بها الوَكالَةُ . قالَه فى « الفُروعِ » . وقدَّم فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ،

---

(١) بعده فى م : « لا » .

(٢) فى الأصل ، ر : « بينة » .

(٣) فى م : « ففيهما » .

(٤) بعده فى م : « لأنه يجوز ذلك » .

الشرح الكبير

يَقُولُ : هو لك . والمُحْتالُ يَقُولُ : هو أمانَةٌ فى يَدِى ، ولى مِثْلُه على صاحِبِه ، وقد أُذِنَ له فى أخْذِه ضِمْنًا . فإذا أخَذَه لنَفْسِه ، حَصَل غَرَضُه ، و لم يَأْخُذْ مِن المُحِيلِ شيئًا . وإنِ اسْتَوْفَى مِن المُحِيلِ دُونَ المُحالِ عليه ، رَجَع المُحِيلُ على المُحالِ عليه ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّ الوَكالَةَ قد ثَبَتَتْ بيَمِينِ المُحْتالِ ، وبَقِىَ الحَقُّ[1] فى ذِمَّةِ المُحالِ عليه للمُحِيلِ . والثَّانِى ، لا يَرْجِعُ عليه ؛ لأنَّه يَعْتَرِفُ أنَّه قد بَرِئَ مِن حَقِّه ، وإنَّما المُحْتالُ[2] ظَلَمَه بأخْذِ ما كان عليه . قال القاضِى : والأوَّلُ أصَحُّ . وإن كان قد أخَذَ الحَوالَةَ فتَلِفَتْ فى يَدِه بتَفْرِيطٍ ، أو أتْلَفَها ، سَقَط حَقُّه ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّه إن كان مُحِقًّا فقد أتْلَفَ حَقَّه ، وإن كان مُبْطِلًا فقد أتْلَفَ[3] مِثْلَ دَيْنِه ، فيَثْبُتُ فى ذِمَّتِه ، فيَتَقَاصَّانِ . وإن تَلِفَتْ بغيرِ تَفْرِيطِه ، فعلى الوَجْهِ الأوَّلِ ، يَسْقُطُ حَقُّه أيضًا ؛ لأنَّ مالَه تَلِف تحتَ يَدِه . وعلى الثَّانِى ، له أن يَرْجِعَ على المُحِيلِ بحَقِّه ، وليس للمُحِيلِ الرُّجُوعُ على المُحالِ عليه ؛ لأنَّه يُقِرُّ ببرَاءتِه .

الإنصاف

فى هذه ، أنَّ القَوْلَ قَوْلُ مُدَّعِى الحَوالَةِ . الثَّانيةُ ، لو اتَّفَقا على أنَّه قال : أحَلْتُك بالمالِ الذى قِبَلَ فُلانٍ . ثم اخْتَلَفا ؛ فقال المُحِيلُ : إنَّما وَكَّلْتُك فى القَبْضِ لى . وقال الآخَرُ : بل أحَلْتَنِى بدَيْنِى . فقيلَ[4] : القَوْلُ قَوْلُ المُحِيلِ . قدَّمه فى

---

(١) سقط من : م .
(٢) فى م : « المحيل » .
(٣) فى م : « أبطل » .
(٤) فى ط : « وقيل » .

الإنصاف

« الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » . قال فى « الفُروعِ » : جزَم به جماعَةٌ . وقيل : القَوْلُ قوْلُ مُدَّعِى الحَوالَةِ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ معه[1] . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، ويأْتِى عكْسُها[2] . فعلى الأوَّلِ ، يحْلِفُ المُحِيلُ ، وَيبْقَى حقُّه فى ذِمَّةِ المُحالِ عليه . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الفُروعِ » : لا يَقْبِضُ المُحْتالُ مِنَ المُحالِ عليه ؛ لعَزْلِه بالإنْكارِ . وفى طَلَبه مِنَ المُحِيلِ وَجْهان . وأطْلَقهما فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « الفرُوعِ » ، وقال : لأنَّ دَعْواه الحَوالَةَ بَراءَةٌ . [3]أحدُهما له طَلَبُه . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهب . صحَّحه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ[3] . وعلى الثَّانِى ، يَحْلِفُ المُحْتالُ ، ويَثْبُتُ حَقُّه فى ذِمَّةِ المُحالِ عليه[4] ، ويَسْتَحِقُّ مُطالَبَته ، ويسْقُطُ عنِ المُحِيلِ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : وعلى كِلا الوَجْهَيْن ، إنْ كان المُحْتالُ قد قَبَض الحقَّ مِنَ المُحالِ عليه ، وتَلِفَ فى يَدِه ، فقد بَرِئَ كلٌّ واحدٍ منهما مِن صاحِبه ، ولا ضَمانَ عليه سواءٌ ، تَلِفَ بتَفْريطٍ أو غيرِه . وإنْ لم يتْلَفْ ، احْتَمَل أنْ لا يَمْلِكَ المُحِيلُ طَلَبَه ، ويَحْتَمِلُ أنْ يَمْلِكَ أخْذَه منه ، ويَمْلِكَ مُطالَبَته بدَيْنِه . وهو الصَّحيحُ . قال فى « الفُروعِ » ، تفْرِيعًا على القَوْلِ الأوَّلِ : وما قَبَضه المُحْتالُ ، و لم يَتْلَفْ ، فللمُحيلِ أخْذُه فى الأصحِّ . وجزَم به فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وقيل : يَمْلِكُ المُحِيلُ[5] أخْذَه منه ، ولا يَمْلِكُ

(١) فى ط : « بيعه » .
(٢) فى الأصل ، ط : « عليها » .
(٣ - ٣) سقط من : الأصل ، ط .
(٤) سقط من : الأصل ، ط .
(٥) فى الأصل ، ط : « المحتال » .

الإنصاف

المُحْتالُ المُطالَبَةَ بدَيْنِه ؛ لاعْتِرافِه ببَراءَةِ المُحِيلِ منه بالحَوالَةِ . وقد تقدَّم . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : وليس بصَحيحٍ . انتهيا . وإنْ كانتِ المَسْأَلَةُ بالعَكْسِ ؛ بأنْ قالَ المُحِيلُ : أحَلْتُك[1] بدَيْنِك . فقالَ : بل وَكَّلْتَنِى . ففيها الوَجْهان . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ؛ أحدُهما ، يُقْبَلُ قَوْلُ مُدَّعِى الوَكالَةِ . وهو الصَّحيحُ . جزَم به فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » . والوَجْهُ الثَّانِى ، القَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِى الحَوالَةِ ؛ فإنْ قُلْنا : القَوْلُ قوْلُ المُحِيلِ . فحلَف ، بَرِئَ مِن حقِّ المُحْتالِ ، وللمُحْتالِ قَبْضُ المالِ مِنَ المُحالِ عليه لنَفْسِه . وإنْ قُلْنا : القَوْلُ قَوْلُ المُحْتالِ . فحلَف ، كان له مُطالَبَةُ المُحِيلِ بحَقِّه ، ومُطالَبَةُ المُحالِ عليه ، فإنْ قبَض منه قبلَ أخْذِه مِنَ المُحِيلِ ، فله أخْذُ ما قبَض لنَفْسِه[2] . وإنِ اسْتَوْفَى مِنَ المُحِيلِ دُونَ المُحالِ عليه ، رجَع المُحِيلُ على المُحالِ عليه ، فى أحَدِ الوَجْهَين . قال القاضى : وهذا أصحُّ . والوَجْهُ الثَّانِى ، لا يرْجِعُ عليه . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » . وإنْ كان قبَض الحَوالَةَ ، فتَلِفَتْ [١٢٨/٢و] فى يَدِه بتَفْرِيطٍ ، أو أتْلَفَها ، سقَط حقُّه ، على كلا[3] الوَجْهَين . وإنْ تَلِفَتْ بغيرِ تَفْرِيطٍ ، فعلى الوَجْهِ الأوَّلِ ، يَسْقُطُ حقُّه أيضًا . وعلى الوَجْهِ الثَّانِى ، له أنْ يَرْجِعَ على المُحِيلِ بحقِّه ، وليس للمُحِيلِ الرُّجوعُ على المُحالِ عليه . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ .

---

(١) فى ط : « أجلتك » .
(٢) بياض فى : ط ، وفى الأصل : « منه » .
(٣) سقط من : الأصل ، وفى ط : « لى » .

المقنع

وَإِنْ قَالَ : أَحَلْتُكَ بِدَيْنِكَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِى الْحَوالَةِ ، وَجْهًا وَاحِدًا .

الشرح الكبير

١٨٦٤ - مسألة : (وإن قال : أحَلْتُك بدَيْنِك . فالقولُ قولُ مُدَّعِى الحوالَةِ ، وَجْهًا واحِدًا) إذا اتَّفقا على أنَّه قال : أحَلْتُك بدَيْنِك . ثم اخْتَلَفا ، فالقولُ قولُ مُدَّعِى الحَوالَةِ ، وَجْهًا واحدًا ؛ لأنَّ الحَوالَةَ بِدَيْنِه لا تَحْتَمِلُ الوَكالَةَ ، فلم يُقْبَلْ قولُ مُدَّعِيها . وسَواءٌ اعْتَرَفَ المُحِيلُ بدَيْنِ المُحْتالِ ، أو قال : لا دَيْنَ لك عَلَىَّ . لأنَّ قَوْلَه : أحَلْتُك بدَيْنِك . اعْتِرافٌ بدَيْنِه ، فلا يُقْبَلُ [٨٢/٤و] جَحْدُه بعدَ ذلك . فأمّا إن لم يَقُلْ : بدَيْنِك . بل قال : أحَلْتُك . ثم قال : ليس لك علىَّ دَيْنٌ ، وإنَّما أرَدْتُ التَّوْكِيلَ بلَفْظِ الحَوالَةِ . أو قال : أرَدْتُ أن أقولَ : وَكَّلْتُكَ . فسَبَقَ لِسانِى ، فقلتُ : أحَلْتُك . وادَّعَى المُحْتالُ أنَّها حَوالَةٌ بدَيْنِه ، وأنَّ دَيْنَه كان ثابِتًا على المُحِيلِ ، فهل هو اعْتِرافٌ بالدَّيْنِ أوْ لا ؟ فيه وَجْهانِ سَبَق تَوْجِيهُهما .

فصل : وإذا كان لرجلٍ دَيْنٌ على آخَرَ ، فطَالَبَه به ، فقال : قد أحَلْتَ به علىَّ فُلانًا الغائِبَ . وأنْكَرَ صاحِبُ الدَّيْنِ ، فالقولُ قَوْلُه مع يَمينِه . فإن كان لمَن عليه الدَّيْنُ بَيِّنَةٌ بدَعْواه ، سُمِعَتْ بَيِّنَتُه ؛ لإسْقاطِ حَقِّ المُحِيلِ

الإنصاف

قوله : وإنْ قالَ : أحَلْتُك بدَيْنِك . فالقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِى الحَوالَةِ ، وَجْهًا واحدًا . يعْنِى ، إذا اتَّفَقا على ذلك ، وادَّعَى أحدُهما أنَّه أُرِيدَ به الوَكالَةُ ، وأنْكَرَ الآخَرُ ، فالقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِى الحَوالَةِ . لا أعلمُ فيه خِلافًا ، وقطَع به الأصحابُ .

فائدة: قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : الحَوالَةُ على ماله فى الدِّيوانِ إذْنٌ فى الاسْتِيفاءِ فقط[1] .

---

(١) زيادة من : الفروع .

الشرح الكبير

عنه[1] . وإنِ ادَّعَى رجلٌ أنَّ فُلانًا الغائِبَ أحالَنِى عليك ، فأنْكَرَ المُدَّعَى عليه ، فالقولُ قَوْلُه . فإن أقامَ المُدَّعِى بَيِّنَةً ، ثَبَتَتْ فى حَقِّه وحَقِّ الغائبِ ؛ لأنَّ البَيِّنَةَ يُقْضَى بها على الغائِبِ ، ولَزِم الدَّفْعُ إلى المُحتالِ . وإن لم يَكُنْ له بَيِّنَةٌ ، فأنْكَرَ المُدَّعَى عليه ، فهل يَلْزَمُه اليَمِينُ ؟ فيه وَجْهان ، بِناءً على ما لو اعْتَرَفَ له هل يَلْزَمُه الدَّفْعُ إليه[2] ؟ على وجهين ؛ أحدُهما ، يَلْزَمُه الدَّفْعُ إليه ؛ لأنَّه مُقِرٌّ بدَيْنِه عليه ، ووُجُوبِ دَفْعِه إليه ، فَلَزِمَه الدَّفْعُ إليه ، كما لو كانت به بَيِّنَةٌ . والثّانِى ، لا يَلْزَمُه الدَّفْعُ إليه ؛ لأنَّه لا يَأْمَنُ إنْكارَ المُحِيلِ ورُجُوعَه عليه ، فكان له الاحْتِياطُ لنَفْسِه ، كما لو ادَّعَى أنِّى وَكِيلُ فُلانٍ فى قَبْضِ دَيْنِه منك ، فصَدَّقَه ، وقال : لا أدْفَعُه إليك . فإذا قُلْنا : يَلْزَمُه الدَّفْعُ مع الإقْرارِ . لَزِمَتْه اليَمِينُ مع الإنْكارِ . فإذا حَلَفَ ، بَرِئَ ، و لم يَكُنْ للمُحْتالِ الرُّجُوعُ على المُحِيلِ ؛ لاعْتِرافِه ببَراءَتِه . وكذلك إن قُلْنا : لا يَلْزَمُه اليمينُ . فليس للمُحتالِ الرُّجُوعُ على المُحِيلِ . ثم يُنْظَرُ فى المُحِيلِ ؛ فإن صَدَّقَ المُدَّعِى فى أنَّه أحالَه ، ثَبَتَتِ الحَوالَةُ ؛ لأنَّ رضا المُحتالِ عليه لا يُعْتَبَرُ . وإن أنْكَرَ الحَوالَةَ ، حَلَف ، وسَقَط حُكْمُ

الإنصاف

وللمُحْتالِ الرُّجوعُ ومُطالَبَةُ مُحِيلِه .

تنبيه : ذكَر بعضُ[3] المُصَنِّفِين مسألَةَ المُقاصَّةِ[4] هنا ، وذكَرَها بعضُهم فى

---

(١) فى م : « عليه » .
(٢) زيادة من : الأصل .
(٣) سقط من : الأصل ، ط .
(٤) فى الأصل : « المفاوضة » .

الشرح الكبير

الحَوالَةِ . وإن نكَل المُحالُ عليه عن اليَمِينِ ، فقُضِيَ عليه بالنُّكُولِ واسْتُوفِيَ الحَقُّ منه ، ثم إنَّ المُحِيلَ صَدَّقَ المُدَّعِيَ ، فلا كَلامَ . وإن أنْكَرَ الحَوالَةَ ، فالقولُ قَوْلُه ، وله أن يَسْتَوْفِيَ مِن المُحالِ عليه(1) ؛ لأنَّه مُعْتَرِفٌ له بالحَقِّ ، ويَدَّعِي أنَّ المُحْتالَ ظَلَمَه ، ويَبْقَى دَيْنُ المُحْتالِ على المُحِيلِ . فإن أنْكَرَ المُحِيلُ أنَّ له عليه دَيْنًا ، فالقولُ قَوْلُه بغيرِ يَمِينٍ ؛ لأنَّ المُحْتالَ يُقِرُّ ببراءَتِه منه ؛ لاسْتِيفائِه مِن المُحالِ عليه . وإن كان المُحِيلُ يَعْتَرِفُ به ، لم يَكُنْ للمُحْتالِ المُطالَبَةُ به ؛ لأنَّه يُقِرُّ بأنَّه قد بَرِئَ منه بالحَوالَةِ ، والمُحِيلُ يُصَدِّقُ المُحالَ عليه فى كونِ المُحْتالِ قد ظَلَمَه ، واسْتَوْفَى مِنه بغيرِ حَقٍّ ، والمُحْتالُ يَزْعُمُ [٨٢/٤ظ] أنَّ المُحِيلَ قد أخَذَ منه أيضًا بغيرِ حَقٍّ ، وأنَّه يَجِبُ عليه أن يَرُدَّ ما أخَذَ منه إليه ، فيَنْبَغِي أن يَقْبِضَها المُحْتالُ ويُسَلِّمَها إلى المُحالِ عليه ، أو يَأْذَنَ للمُحِيلِ فى دَفْعِها إلى المُحالِ عليه . وإن صَدَّقَ المُحالُ عليه المُحْتالَ فى الحَوالَةِ ، ودَفَع إليه ، فأنْكَرَ المُحِيلُ الحَوالَةَ ، حَلَف ، ورَجَع على المُحالِ عليه . والحُكْمُ فى الرُّجُوعِ بما على المُحِيلِ مِن الدَّيْنِ على ما ذَكَرْنا فى التى قبلَها .

فصل : فإن كان عليه أَلْفٌ ضَمِنَه رجلٌ ، فأحالَ الضّامِنُ صاحِبَ الدَّيْنِ به ، بَرِئَتْ ذِمَّتُه وذِمَّةُ المَضْمُونِ عنه ؛ لأنَّ الحَوالَةَ كالتَّسْلِيمِ ،

الإنصاف

آخِرِ السَّلَمِ ، ولم يَذْكُرْها المُصَنِّفُ ، وذكَر ما يدُلُّ عليها فى كتابِ الصَّداقِ . وقد ذَكَرْناها فى آخِرِ بابِ السَّلَمِ ، فليُعاوَدْ(2) .

---

(1) سقط من : الأصل .

(2) بعدها فى الأصل ، ط : « بها إلى إصلاح » .

الشرح الكبير

وَيَكُونُ الحُكْمُ هـٰهُنا كالحُكْمِ فيما لو قَضَى عنه الدَّيْنَ ، على ما ذَكَرْنا . فإن كان الأَلْفُ على رَجُلَيْن ، على كلِّ واحدٍ منهما خَمْسُمائَةٍ ، وكلُّ واحدٍ كَفِيلٌ عن الآخَرِ بذلك ، فأحالَهُ أحَدُهُما بالأَلْفِ ، بَرِئَتْ ذِمَّتُهما معًا ، كما لو قَضاها . وإن أحالَ صاحِبُ الأَلْفِ رجلًا على أَحَدِهما بعَيْنِه صَحَّتِ الحَوالَةُ ؛ لأنَّ الدَّيْنَ على كلِّ واحدٍ منهما مُسْتَقِرٌّ . وإن أحالَ عليهما جميعًا ، ليَسْتَوْفِيَ منهما أو مِن أيِّهما شاءَ ، صَحَّتِ الحَوالَةُ أيضًا عند القاضِى ؛ لأنَّه لا فَضْلَ هـٰهُنا فى نَوْعٍ ولا أجَلٍ ولا عَدَدٍ ، وإنَّما هو زِيادَةُ اسْتِيثاقٍ ، فلم يَمْنَعْ ذلك صِحَّةَ الحَوالَةِ ، كحَوالَةِ المُعْسِرِ على المَلِىءِ . وقال بعضُ الشّافِعِيَّةِ : لا تَصِحُّ الحَوالَةُ ؛ لأنَّ الفَضْلَ قد دَخَلَها . فإنَّ المُحْتالَ ارْتفقَ بالتَّخْيِيرِ بالاسْتِيفاءِ مِن أيِّهما شاء ، فأشْبَهَ ما لو أحالَه على رَجُلَيْن له على كلِّ واحدٍ منهما أَلْفٌ ؛ ليَسْتَوْفِيَ مِن أيِّهما شاء . والأوَّلُ أصَحُّ . والفَرْقُ بينَ هذه المَسْأَلَةِ ، وبينَ ما إذا أحالَه بأَلْفَيْن ، أنَّه لا فَضْلَ بينَهما فى العَدَدِ هـٰهنا ، وثَمَّ تَفاضَلَا ، ولأنَّ الحَوالَةَ هـٰهُنا بأَلْفٍ مُعَيَّنٍ ، وثَمَّ الحَوالَةُ بأَحَدِهما مِن غيرِ تَعْيِينٍ ، وأنَّه إذا قَضاه أحَدُهما الأَلْفَ ، فقد قَضاه جَمِيعَ الدَّيْنِ ، وثَمَّ إذا قَضَى أحَدُهما بَقِىَ ما على الآخَرِ . ولو لم يَكُنْ كلُّ واحدٍ مِن الرَّجُلَيْن ضامِنًا عن صاحِبه ، فأحالَ عليهما ، صَحَّتِ الحَوالَةُ بغيرِ إشْكالٍ ؛ لأنَّه لَمّا كان له أن يَسْتَوْفِيَ الأَلْفَ مِن واحدٍ ، كان له أن يَسْتَوْفِيَ مِن اثْنَيْن ، كالوَكِيلَيْن .

المقنع

[١١٣ظ] بَابُ الصُّلْحِ

....

الشرح الكبير

باب الصُّلْحِ

الصُّلْحُ مُعاقَدةٌ يُتَوَصَّلُ بها إلى إصْلاحٍ بينَ المُخْتَلِفَيْن ، ويتَنَوَّعُ أنْواعًا ؛ صُلْحٌ بينَ المسلمين وأهْلِ الحَرْبِ ، وصُلْحٌ بينَ أهْلِ العَدْلِ وأهْلِ البَغْىِ ، وصُلْحٌ بينَ الزَّوْجَيْن إذا خِيفَ الشِّقاقُ بينَهما ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُواْ فَأَصْلِحُواْ بَيْنَهُمَا ﴾[١] . وقال تعالى : ﴿ وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾[٢] . ورَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « الصُّلْحُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ جَائِزٌ ، إلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا أوْ أحَلَّ حَرَامًا » . أخْرَجَه التِّرْمِذِىُّ[٣] ، وقال : حديثٌ حسنٌ صَحِيحٌ . ورُوِىَ

الإنصاف

بابُ الصُّلْحِ

فائدة : الصُّلْحُ عِبارَةٌ عن مُعاقَدَةٍ يُتَوَصَّلُ بها إلى إصْلاحٍ بينَ مُخْتَلِفَين[٤] . قالَه

(١) سورة الحجرات ٩ .

(٢) سورة النساء ١٢٨ .

(٣) فى : باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ فى الصلح بين الناس ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ١٠٤ .
كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الصلح ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٨٨ . كلاهما عن عمرو بن عوف المزنى .
وأخرجه أبو داود ، فى : باب فى الصلح ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢ / ٢٧٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٣٦٦ . كلاهما عن أبى هريرة .

(٤) فى الأصل ، ط : « محيلين » .

المقنع

الصُّلْحُ فِى الْأَمْوَالِ قِسْمَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، صُلْحٌ عَلَى الْإِقْرَارِ ، وَهُوَ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الصُّلْحُ عَلَى جِنْسِ الْحَقِّ ، مِثْلَ أَنْ يُقِرَّ لَهُ بِدَيْنٍ ، فَيَضَعَ عَنْهُ بَعْضَهُ ، أَوْ بِعَيْنٍ ، فَيَهَبَ لَهُ بَعْضَهَا ، وَيَأْخُذَ

الشرح الكبير

عن عُمَرَ ، أنَّه كَتَب [٨٣/٤و] إلى أبى موسى بمِثْلِ ذلك . وأجْمَعَ العُلَماءُ على جَوازِ الصُّلْحِ فى هذه الأنْواعِ التى ذَكَرْنا ، ولكلِّ واحِدٍ منها[1] بابٌ يُفْرَدُ له ، وتُذْكَرُ فيه أحْكامُه . وهذا البابُ للصُّلْحِ بينَ المُخْتَلِفَيْن فى الأمْوالِ .

١٨٦٥ – مسألة : و(الصُّلْحُ فى الأمْوالِ قِسْمان ؛ أحَدُهما ، صُلْحٌ على الإقْرارِ ، وهو نَوْعان ؛ أحَدُهما ، صُلْحٌ على جِنْسِ الحَقِّ ، مثلَ أن يُقِرَّ له بدَيْنٍ ، فيَضَعَ عنه بَعْضَه ، أو بعَيْنٍ ، فيَهَبَ له بَعْضَها ، ويَأْخُذَ

الإنصاف

المُصَنِّفُ وغيرُه . قال ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » : هو المُوافَقَةُ بعدَ المُنازَعَةِ . انتهى . والصُّلْحُ أنْواعٌ ؛ صُلْحٌ بينَ المُسْلِمِين وأهْلِ الحَرْبِ . وتقدَّم فى الجِهادِ . وصُلْحٌ[2] بينَ أهْلِ البَغْىِ والعَدْلِ . ويأْتِى . وبينَ الزَّوْجَين إذا خِيفَ الشِّقاقُ بينَهما ، أو خافَتِ الزَّوْجَةُ إعْراضَ الزَّوجِ عنها . ويأْتِى أيضًا . وبينَ المُتَخاصِمَين فى غيرِ المالِ ، أو فى المالِ . وهو المُرادُ هنا ، وهو قِسْمان ؛ صُلْحٌ على الإقْرارِ ، وصُلْحٌ على الإنْكارِ . وقِسْمٌ بالمالِ ؛ وهو الصُّلْحُ مع السُّكُوتِ عنه .

قوله : وصُلْحُ الإقْرارِ نَوْعان[3] ؛ أحَدُهما ، الصُّلْحُ على جِنْسِ الحَقِّ ، مِثْلَ أنْ

(١) فى الأصل ، ر١ : « منهما » .

(٢) فى ط : « ويأتى » .

(٣) زيادة يقتضيها السياق .

المقنع

الْبَاقِيَ ، فَيَصِحُّ إِنْ لَمْ يَكُنْ بِشَرْطٍ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : عَلَى أَنْ تُعْطِيَنِى الْبَاقِيَ . أَوْ يَمْنَعَهُ حَقَّهُ بِدُونِهِ .

الشرح الكبير

الباقىَ ، فيَصِحُّ إن لم يَكُنْ بشَرْطٍ ، مثلَ أن يَقُولَ : على أن تُعْطِيَنى الباقِىَ . أو يَمْنَعَه حَقَّه بدُونِه) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ مَن اعْتَرف بدَيْنٍ أو عَيْنٍ فى يَدِه ، فأبْرأه الغَرِيمُ مِن بعضِ الدَّيْنِ ، أو وَهَبَه بعضَ العَيْنِ وطَلَب منه الباقىَ ، صَحَّ إذا كانتِ البَراءَةُ مُطْلَقَةً من غيرِ شَرْطٍ . قال أحمدُ : إذا كان للرجلِ على الرجلِ الدَّيْنُ ليس عندَه وَفاءٌ ، فوَضَعَ عنه بعضَ حَقِّه ، وأَخَذَ منه الباقِىَ ، كان ذلك جائِزًا لهما ، ولو فَعَل ذلك قاضٍ شافعٌ[1] ، لم يَكُنْ

الإنصاف

يُقِرَّ له بدَيْنٍ ، فيَضَعَ عنه بعضَه ، أو بعَيْنٍ ، فيَهَبَ له بعضَها ، ويَأْخُذَ الباقِىَ ، فيَصِحَّ إنْ لم يَكُنْ بشَرْطٍ ، مِثْلَ أنْ يَقُولَ : على أنْ تُعْطِيَنى الباقِىَ ، أو يَمْنَعَه حَقَّه بدُونِه . إذا أقَرَّ له بدَيْنٍ أو بعَيْنٍ ، فوضَع عنه بعضَه ، أو وهَب له بعضَها ، مِن غيرِ شَرْطٍ ، فهو صَحيحٌ ؛ لأنَّ الأوَّلَ إبْراءٌ ، والثَّانى هِبَةٌ بلا نِزاعٍ ، لكِنْ لا يصِحُّ بلَفْظِ : الصُّلْحِ . [2]على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ؛ لأنَّه هَضْمٌ للحَقِّ . قال فى « الفُروعِ » : لا بلَفْظِ : الصُّلْحِ[2] . على الأصحِّ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا المَشْهورُ . وهو مُخْتارُ القاضى ، وابنِ عَقِيلٍ ، وغيرِهما . قال القاضى : وهو مُقْتَضَى قَوْلِ أحمدَ : ومَن اعْتَرفَ بحَقٍّ فصالَحَ على بعضِه ، لم يكُنْ صُلْحًا ؛ لأنَّه هَضْمٌ للحَقِّ . وقدَّمه فى « التَّلْخيصِ » وغيرِه ، وهو مُقْتَضَى كلامِ الخِرَقِىِّ ، وابنِ أبِى مُوسى . انتهى . وهو مِنَ المُفْرَداتِ . وعنه ، يصِحُّ بلَفْظِ : الصُّلْحِ . وهو ظاهِرُ ما فى « المُوجَزِ » ، و « التَّبْصِرَةِ » . واخْتارَه ابنُ البَنَّا فى « خِصالِه » .

---

(1) فى ر ١ ، م : « شافعى » .

(٢ – ٢) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

عليه فى ذلك إثْمٌ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ قد كَلَّمَ غُرَماءَ جابرٍ لِيَضَعُوا عنه[1] . وفى الذى أُصِيبَ فى حَدِيقَتِه فمَرَّ به النبىُّ ﷺ وهو مَلْزُومٌ ، فأشار إلى غُرَمائِه بالنِّصْفِ ، فأخَذُوه منه[2] . فإن فَعَل ذلك قاضٍ اليَوْمَ ، جاز إذا كان على وَجْهِ الصُّلْحِ والنَّظَرِ لهما . وقد روَى عبدُ اللهِ بنُ كَعْبٍ ، عن أبيه ، أنَّه تَقاضَى ابنَ أبى حَدْرَدٍ دَيْنًا كان له عليه فى المَسْجِدِ ، فارْتَفَعَتْ أصْواتُهما حتى سَمِعَها[3] رسولُ اللهِ ﷺ ، فخَرَجَ إليهما ، ثم نادَى : « يَا كَعْبُ » قال : لَبَّيْكَ يا رسولَ اللهِ . فأشار إليه أن ضَعِ الشَّطْرَ مِن

الإنصاف

فائدة : ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، أنَّ الصُّلْحَ على الإقْرارِ لا يُسَمَّى صُلْحًا . وقالَه ابنُ أبِى مُوسى . وسَمَّاه القاضى وأصحابُه صُلْحًا . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما : والخِلافُ فى التَّسْمِيَةِ ، وأمَّا المَعْنَى ؛ فمُتَّفَقٌ عليه . قال الزَّرْكَشِىُّ : وصُورَتُه الصَّحِيحَةُ عندَهم ؛ أنْ يَعْتَرِفَ له بعَيْنٍ ، فيُعاوِضَه عنها ، أو يَهَبَه بعضَها ، أو بدَيْنٍ ، فيُبْرِئَه مِن بعضِه ، ونحو ذلك ، فيَصِحَّ إنْ لم يَكُنْ بشَرْطٍ ، ولا امْتِناعٍ مِن أداءِ الحَقِّ بدُونِه . انتهى . وقَوْلُ المُصَنِّفِ : إنْ لم يَكُنْ بشَرْطٍ . له صُورَتان ؛

---

(1) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا قضى دون حقه أو حلله فهو جائز ، وباب إذا قاضى أو جازفه فى الدين تمرًا بتمر أو غيره ، من كتاب الاستقراض ، وفى : باب إذا وهب دينًا على رجل ، من كتاب الهبة ، وفى : باب الصلح بين الغرماء ، من كتاب الصلح ، وفى : باب علامات النبوة فى الإسلام ، من كتاب المناقب . صحيح البخارى ٣/١٥٤ ، ٢١٠ ، ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، ٤/٢٣٥ . وأبو داود ، فى : باب ما جاء فى الرجل يموت وعليه دين ، من كتاب الوصايا . سنن أبى داود ٢/١٠٧ . والنسائى ، فى : باب قضاء الدين قبل الميراث ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٦/٢٠٥ . وابن ماجه ، فى : باب أداء الدين عن الميت ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢/٨١٣ ، ٨١٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٣١٣ .

(2) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب الرجل يلحقه الدين فيحط عنه ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٧ / ٣١٩ . وابن حجر ، فى : باب القراض ، من كتاب البيوع . المطالب العالية ١ / ٤١٩ .

(3) فى ق ، م : « سمعهما » .

الشرح الكبير

دَيْنِك . قال : قد فَعَلْتُ يا رسولَ اللهِ . قال رسولُ اللهِ ﷺ : « قُمْ فَأَعْطِهِ » . مُتَّفَقٌ عليه[1] . فأمّا إن مَنَعَه المُقِرُّ مِن[2] حَقِّه حتى يَضَعَ عنه بَعْضَه ، فالصُّلْحُ باطِلٌ ؛ لأنَّه صالَحَ عن بَعْضِ مالِه ببَعْضِه ، وسواءٌ كان بلَفْظِ الصُّلْحِ أو بلفظِ الإِبْراءِ ، أو بلَفْظِ[2] الهِبَةِ المَقْرُونِ بشَرْطٍ ، مثل أن يَقُولَ : أبْرَأْتُك مِن خَمْسِمائَةٍ. أو :وَهَبْتُك بشَرْطِ أن تُعْطِيَنِى ما بَقِىَ . قال ابنُ أبى موسى : الصُّلْحُ على الإِقْرارِ هَضْمٌ للحَقِّ ، فمتى أَلْزَمَ المُقَرَّ له تَرْكَ بَعْضِ حَقِّه ، فتَرَكَه مِن غيرِ طِيبِ نَفْسِه ، لم يَطِبِ الأَخْذُ[3] ، وإن تَطَوَّعَ المُقَرُّ له بإسْقاطِ بعضِ حَقِّه ، جاز ، غيرَ أنَّ ذلك ليس بصُلْحٍ ، ولا مِن بابِ الصُّلْحِ بِسَبيلٍ . فلم يَجْعَلْه صُلْحًا ، و لم يُسَمِّ الخِرَقِيُّ الصُّلْحَ إلَّا فى حالِ الإِنْكارِ . فأمّا مع الاعْتِرافِ ، فإن قَضاه مِن جِنْسِ حَقِّه ،

الإنصاف

إحْداهما ، أنْ يمْنَعَه حقَّه بدُونِه . فالصُّلْحُ فى هذه الصُّورَةِ باطِلٌ ، قوْلًا واحدًا . والثَّانيةُ ، أنْ يقولَ : على أنْ تُعْطِيَنِى الباقِىَ أو كذا . وما أشْبَهَه . فالصُّلْحُ أيضًا فى

---

(1) أخرجه البخارى ، فى : باب التقاضى والملازمة فى المسجد ، وباب رفع الصوت فى المساجد ، من كتاب الصلاة ، وفى : باب كلام الخصوم بعضهم فى بعض ، من كتاب الخصومات ، وفى : باب الصلح بالدين والعين ، من كتاب الصلح. صحيح البخارى ١ / ١٢٣ ، ١٢٤ ، ١٢٧ ، ٣ / ١٦٠ ، ٢٤٦ . ومسلم، فى: باب استحباب الوضع من الدين ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٩٢/٣ . كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الصلح ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢٧٣/٢ . والنسائى ، فى : باب حكم الحاكم فى داره ، من كتاب القضاة . المجتبى ٢١٠/٨ . وابن ماجه ، فى : باب الحبس فى الدين والملازمة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٨١١/٢ . والدارمى ، فى : باب فى إنظار المعسر ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٦١/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٩٠/٦ .

(2) سقط من : م .

(3) فى ر ١ ، م : « لأحد » .

الشرح الكبير

فهو وَفاءٌ ، وإن قَضاه مِن غيرِ جِنْسِه ، فهو مُعاوَضَةٌ ، وإن أبْرَأه مِن بَعْضِه ، فهو إبْراءٌ ، وإن وَهَبَه بعضَ العَيْنِ ، فهو هِبَةٌ ، فلا يُسَمَّى صُلْحًا . وسَمّاه القاضي وأصحابُه صُلْحًا . وهو قولُ الشافعيِّ . والخِلافُ في التَّسْمِيَةِ ، [٨٣/٤ظ] أمّا المَعْنَى فمُتَّفَقٌ عليه . وهو يَنْقَسِمُ إلى إبْراءٍ ، وهِبَةٍ ، ومُعاوَضَةٍ ، وقد ذَكَرْنا الإبْرَاءَ . فأمّا الهِبَةُ ، فهو أن يَكُونَ له في يَدِه عَيْنٌ ، فيَقُولَ : قد وَهَبْتُك نِصْفَها وأعْطِنِي بَقِيَّتَها . فيَصِحُّ ، ويُعْتَبَرُ له شُرُوطُ الهِبَةِ . وإن أخْرَجَه مَخْرَجَ الشَّرْطِ ، لم يَصِحَّ . وهذا مَذْهَبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه إذا شَرَطَ في الهِبَةِ الوَفاءَ ، جَعَلَ الهِبَةَ عِوَضًا عن الوَفاءِ ، فكأنَّه عاوَضَ بعضَ حَقِّه ببَعْضٍ . فإن أبْرَأه مِن بعضِ الدَّيْنِ ، أو وَهَب له بعضَ العَيْنِ بلَفْظِ الصُّلْحِ ، مثلَ أن يقولَ : صالِحْنِي بنِصْفِ دَيْنِك عليَّ ، أو بنِصْفِ دارِك هذه . فيقولَ : صالَحْتُك بذلك . لم يَصِحَّ . ذَكَرَه القاضي وابنُ عَقِيلٍ . وهو قولُ بعضِ أصحابِ الشافعيِّ . وقال أكْثَرُهم : يَجُوزُ الصُّلْحُ ؛ لأنَّه إذا لم يَجُزْ بلَفْظِه ، خَرَج عن أن يَكُونَ صُلْحًا ، ولا يَبْقَى له تَعَلُّقٌ به . أمّا إذا كان (1 بلَفْظِ الصُّلْحِ 1) سُمِّيَ صُلْحًا ؛ لوُجُودِ اللَّفْظِ ، وإن تَخَلَّفَ المَعْنَى ، كالهِبَةِ بشَرْطِ الثَّوابِ . وإنَّما يَقْتَضِي لَفْظُ الصُّلْحِ المُعاوَضَةَ إذا كان ثَمَّ عِوَضٌ ، أمّا مع عَدَمِه فلا . وإنَّما مَعْنَى الصُّلْحِ الاتِّفاقُ والرِّضا ، وقد يَحْصُلُ هذا مِن غيرِ عِوَضٍ ، كالتَّمْلِيكِ ، إذا كان بعِوَضٍ سُمِّيَ بَيْعًا ، وإن خَلا عن العِوَضِ سُمِّيَ هِبَةً . ولَنا ، أنَّ لَفْظَ الصُّلْحِ

الإنصاف

هذه الصُّورَةِ باطِلٌ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، وقطَع

(1 - 1) في م : « بلفظه » .

المقنع

وَلَا يَصِحُّ ذَلِكَ مِمَّنْ لَا يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ ؛ كَالْمُكَاتَبِ ، وَالْمَأْذُونِ لَهُ ، وَوَلِيِّ الْيَتِيمِ ، إِلَّا فِي حَالِ الْإِنْكَارِ وَعَدَمِ الْبَيِّنَةِ .

الشرح الكبير

يَقْتَضِى المُعاوَضَةَ ؛ لأنَّه إذا قال : صالِحْنِى بهِبَةِ كذا . أو : على هِبَةِ كذا . أو : على نِصْفِ هذه العَيْنِ . ونَحْوَ هذا ، فقد أضاف إليه بالمُقَابَلَةِ ، فصار كقَوْلِه : بِعْنِى بألْفٍ . وإن أضاف إليه « عَلَى » جَرَى مَجْرَى الشَّرْطِ ، كقَوْلِه : ﴿ عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِى ثَمَـٰنِىَ حِجَجٍ ﴾[1] . وقَوْلِه : ﴿ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰ أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴾[2] . وكلاهما لا يَجُوزُ ؛ بدَلِيلِ ما لو صَرَّحَ بلَفْظِ الشَّرْطِ أو بلَفْظِ المُعاوَضَةِ . وقَوْلُهم : إنَّه يُسَمَّى صُلْحًا . مَمْنُوعٌ ، وإن سُمِّىَ صُلْحًا ، فمجازٌ ؛ لتَضَمُّنِه قَطْعَ[3] النِّزاعِ وإزالَةَ الخُصُومَةِ . وقَوْلُهم : إنَّ الصُّلْحَ لا يَقْتَضِى المُعاوَضَةَ . مَمْنُوعٌ ، وإن سَلَّمْنا لكنَّ المُعاوَضَةَ حَصَلَتْ مِن اقْتِرانِ حَرْفِ الباءِ ، أو عَلَى ، أو نحوِهما به ، فإنَّ لَفْظَ الصُّلْحِ يَحْتَاجُ إلى حَرْفٍ يَتعَدَّى به ، وذلك يَقْتَضِى المُعاوَضَةَ ، على ما بَيَّنَّا .

١٨٦٦ – مسألة : (ولا يَصِحُّ ذلك مِمَّن لا يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ ؛ كالمُكاتَبِ ، والمَأْذُونِ له ، ووَلِىِّ اليَتِيمِ ، إلَّا فى حالِ الإِنْكارِ وعَدَمِ

الإنصاف

به الأكثرُ . وقيل : يصِحُّ الصُّلْحُ والحالَةُ هذه .

قوله : ولا يَصِحُّ ذلك ممَّن لا يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ ؛ كالمُكاتَبِ والمَأْذُونِ له –

---

(١) سورة القصص ٢٧ .

(٢) سورة الكهف ٩٤ .

(٣) فى ر ١ : « دفع » .

المقنع وَلَوْ صَالَحَ عَنِ الْمُؤَجَّلِ بِبَعْضِهِ حَالًّا ، لَمْ يَصِحَّ .

الشرح الكبير البَيِّنَةِ) لأَنَّه تَبرُّعٌ ، وليس لهم التَّبرُّعُ . فأمَّا إذا لم يَكُنْ بالدَّيْنِ بَيِّنَةٌ[1] ، أو كان على الإنْكارِ ، صَحَّ ؛ لأنَّ اسْتِيفاءَهم البعضَ عندَ العَجْزِ عن اسْتِيفاءِ الكلِّ أوْلَى مِن تَرْكِه .

١٨٦٧ – مسألة : (وإن صالَحَ عن المُؤَجَّلِ بِبَعْضِه حالًّا ، لم يَصِحَّ) كَرِه ذلك زيدُ بنُ ثابتٍ ، وابنُ عُمَرَ ، وقال : نَهَى عُمَرُ أن تُبَاعَ العَيْنُ بالدَّيْنِ . وكَرِه ذلك سعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، والقاسِمُ ، وسالِمٌ ، والحسنُ، ومالكٌ، والشافعيُّ، والثَّوْرِيُّ، وابنُ عُيَيْنَةَ، وأبو حنيفةَ، وإسحاقُ. [٨٤/٤و] ورُوِىَ عن ابنِ عباسٍ ، وابنِ سِيرِينَ ، والنَّخَعِىِّ ، أنَّه لا بَأْسَ

الإنصاف ونَحوِهما – إلَّا فى حالِ الإنكارِ وعَدَمِ البَيِّنَةِ . هو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ[2] ، بلا نِزاعٍ فيهما .

وقوله : ووَلِىٌّ اليَتيمِ ، إلَّا فى حالِ الإنْكارِ وعَدَمِ البَيِّنَةِ . هو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : لا يصِحُّ الصُّلْحُ أيضًا . قطَع به فى « التَّرْغيبِ » .

فائدة : يصِحُّ الصُّلْحُ عمَّا ادَّعَى على[3] مُوَلِّيه ، وبه بَيِّنَةٌ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : لا يصِحُّ .

قوله : ولو صالَحَ عنِ المُؤَجَّلِ ببعضِه حَالًّا ، لم يَصِحَّ . هذا المذهبُ . نقَلَه

---

(١) سقط من : م .
(٢) سقط من : ط .
(٣) فى الأصل ، ط : « عليه » .

المقنع

وَإِنْ وَضَعَ بَعْضَ الْحَالِّ وَأَجَّلَ بَاقِيَهُ ، صَحَّ الْإِسْقَاطُ دُونَ التَّأْجِيلِ .

الشرح الكبير

به . وعن الحسنِ ، وابنِ سِيرِينَ ، أنَّهما كانا لا يَرَيانِ بَأْسًا بالعُرُوضِ أن يَأْخُذَها مِن حَقِّه قبلَ مَحِلِّه ؛ لأنَّهما تَبايعا العُرُوضَ بما فى الذِّمَّةِ ، فصَحَّ ، كما لو اشْتَراها بثَمَنِ مِثْلِها . ولَعَلَّ ابنَ سِيرِينَ يَحْتَجُّ بأنَّ التَّعْجِيلَ جائِزٌ ، والإِسْقاطَ وَحْدَه جائِزٌ ، فجاز الجَمْعُ بينَهما ، كما لو فَعَلا ذلك مِن غيرِ مُواطَأةٍ عليه . ولَنا ، أنَّه يَبْذُلُ القَدْرَ الذى يَحُطُّه عِوَضًا عن تَعْجِيلِ ما فى ذِمَّتِه ، وبَيْعُ الحُلُولِ والتَّأْجِيلِ لا يَجُوزُ ، كما لا يجوزُ أن يُعْطِيَه عَشَرَةً حالَّةً بعِشْرِين مُؤَجَّلَةٍ ، ولأنَّه يَبِيعُه عَشَرَةً بعِشْرِين ، فلم يَجُزْ ، كما لو كانت مُعَيَّنَةً . وفارَقَ ما إذا كان مِن غيرِ مُواطَأةٍ ولا عَقْدٍ ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما مُتَبَرِّعٌ ببَذْلِ حَقِّه مِن غيرِ عِوَضٍ ، ولا يَلْزَمُ من جَوازِ ذلك جَوازُه فى العَقْدِ ، أو مع الشَّرْطِ ، كبَيْعِ دِرْهَمٍ بدِرْهَمَيْن . ويُفارِقُ ما إذا اشْتَرَى العُرُوضَ بثَمَنِ مِثْلِها ؛ لأنَّه لم يَأْخُذْ عن الحُلُولِ عِوَضًا .

١٨٦٨ – مسألة : (وإن وَضَع بعضَ الحالِّ وأجَّل باقِيَه ، صَحَّ الإِسْقاطُ دُونَ التَّأْجِيلِ) إذا صالَحَه عن أَلْفٍ حالٍّ بنِصْفِها مُؤَجَّلًا ، اخْتِيارًا

الإنصاف

الجماعَةُ عن أحمدَ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وفى « الإِرْشادِ » ، و « المُبْهِجِ » ، رِوايَةٌ ، يصِحُّ . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ؛ لبَراءَةِ الذِّمَّةِ هنا ، وكدَيْنِ الكِتابَةِ . جزَم به الأصحابُ فى دَيْنِ الكِتابَةِ . ونقَلَه ابنُ مَنْصُورٍ . وهى مُسْتَثْناةٌ مِن عُمومِ كلامِ المُصَنِّفِ .

قوله : وإنْ وضَع بعضَ الحالِّ ، وأجَّل باقِيَه ، [٢/١٢٨ظ] صَحَّ الإسقاطُ دُونَ

الشرح الكبير

منه وتَبَرُّعًا ، صَحَّ الإسْقاطُ ، ولم يَلْزَمِ التَّأْجِيلُ ؛ لأنَّ الحالَّ لا يَتَأَجَّلُ بالتَّأْجِيلِ ، على ما ذَكَرْنا ، والإسْقاطُ صَحِيحٌ . وإن فَعَلَه لمَنْعِه مِن حَقِّه بدُونِه ، أو شَرَط ذلك فى الوَفاءِ ، لم يَسْقُطْ ، على ما ذَكَرْنا فى أوَّلِ البابِ . وذَكَر أبو الخَطّابِ فى هذا رِوايَتَيْن ، أصَحُّهما لا يَصِحُّ . وما ذَكَرْنا من التَّفْصِيلِ أوْلَى ، إن شاء اللهُ تعالى .

الإنصاف

التَّأْجِيلِ . أمَّا الإسْقاطُ ؛ فيَصِحُّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . واخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وعنه ، لا يصِحُّ الإسْقاطُ . وأمَّا التَّأْجِيلُ ؛ فلا يصِحُّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ ؛ لأنَّه وَعْدٌ . وعنه ، يصِحُّ . ذكَر الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ رِوايَةً بتَأْجِيلِ الحالِّ فى المُعاوَضَةِ ، لا التَّبَرُّعِ . قال فى « الفُروعِ » : والظَّاهِرُ أنَّها هذه الرِّوايَةُ . وأطْلَقَ فى « التَّلْخيصِ » الرِّوايتَيْن فى صِحَّةِ الصُّلْحِ . ثم قال : والذى أراه أنَّ الرِّوايتَيْن فى البَراءَةِ ؛ وهو الإسْقاطُ . فأمَّا الأجَلُ فى الباقِى ، فلا يصِحُّ بحالٍ ؛ لأنَّه وَعْدٌ . انتهى . واعْلَمْ أنَّ أكثرَ الأصحابِ قالُوا : لا يصِحُّ الصُّلْحُ فى هذه المَسْأَلَةِ . وصحَّحه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم . وجزَم به فى « الكافِى » وغيرِه . وقدَّمه ناظِمُ « المُفْرَداتِ » ، فقال :

والدَّيْنُ إنْ يُوصَفُ بالحُلولِ	فالصُّلْحُ لايصِحُّ فى المَنْقُولِ
عليه بالبَعْضِ مع التَّأْجيلِ	رجَّحَه الجُمْهورُ بالدَّليلِ
وقال بالجَزْمِ به فى « الكافِى »	وفصَّل المُقْنِعَ للخِلافِ
فصَحَّحَ الإسْقاطَ دُونَ الآجِلِ	وذاك نصُّ الشَّافِعِىِّ يَنْجَلِى

فائدة : مِثْلُ ذلك ، خِلافًا ومذهبًا ، لو صالَحَه عن مِائَةٍ صِحاحٍ بخَمْسِين

المقنع

وَإِنْ صَالَحَ عَنِ الْحَقِّ بِأَكْثَرَ مِنْهُ مِنْ جِنْسِهِ ، مِثْلَ أَنْ يُصَالِحَ عَنْ دِيَةِ الْخَطَإِ ، أَوْ عَنْ قِيمَةِ مُتْلَفٍ بِأَكْثَرَ مِنْهَا مِنْ جِنْسِهَا ، لَمْ يَصِحَّ ، وَإِنْ صَالَحَهُ بِعَرْضٍ قِيمَتُهُ أَكْثَرُ مِنْهَا ، صَحَّ فِيهِمَا .

الشرح الكبير

١٨٦٩ – مسألة : (وإن صالَحَ عن الحَقِّ بأكْثَرَ منه مِن جِنْسِه ، مثلَ أن يُصالِحَ عن دِيَةِ الخَطأ ، أو قِيمَةِ مُتْلَفٍ بأكْثَرَ منها مِن جِنْسِها ، لم يَصِحَّ) وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَجُوزُ ؛ لأنَّه يَأْخُذُ عِوَضًا عن المُتْلَفِ ، فجاز أن يَأْخُذَ أكْثَرَ مِن قِيمَتِه ، كما لو باعَه بذلك . ولنا ، أنَّ الدِّيَةَ والقِيمَةَ تَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ مُقدَّرَةً ، فلم يَجُزْ أن يُصالِحَ عنها بأكْثَرَ منها مِن جِنْسِها ، كالثّابتَةِ عن قَرْضٍ أو ثَمَنِ مَبِيعٍ ، ولأنَّه إذا أخَذَ أكْثَرَ منها ، فقد أخَذَ حَقَّه وزِيادَةً لا مُقابِلَ لها ، فيكونُ أكْلَ مالٍ بالباطِلِ .

١٨٧٠ – مسألة : (وإن صالَحَه بعَرْضٍ قِيمَتُه أكْثَرُ منها) جاز ؛

الإنصاف

مُكَسَّرَةٍ ، هل هو إبْراءٌ مِنَ الخَمْسِين أو وَعْدٌ فى الأُخْرَى ؟

قوله : وإنْ صالَحَ عنِ الحَقِّ بأكثرَ منه مِن جِنْسِه ، مثلَ أنْ يُصالِحَ عن دِيَةِ الخَطَأ ، أو عن قِيمَةِ مُتْلَفٍ بأكثرَ منها مِن جِنْسِها ، لم يَصِحَّ . وهو المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . واخْتارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ الصِّحَّةَ فى ذلك ، وأنَّه قِياسُ قَوْلِ أحمدَ كعِوَضٍ ، وكالمِثْلِيِّ . قال فى « الفُروعِ » : ويُخَرَّجُ على ذلك تأْجيلُ القِيمَةِ . قالَه القاضى وغيرُه . وذكَر المُصَنِّفُ ، والشّارِحُ ، ومَن تَبِعَهما ، رِوايَةً بالصِّحَّةِ فيما إذا صالَحَ عن المِائَةِ الثّابتَةِ بالإتْلافِ بمِائَةٍ مُؤَجَّلَةٍ .

قوله : وإنْ صالَحَه بعَرْضٍ قِيمَتُه أكثرُ منها ، صَحَّ فيهما . بلا نِزاعٍ .

المقنع

وَإِنْ صَالَحَهُ عَنْ بَيْتٍ عَلَى أَنْ يَسْكُنَهُ سَنَةً ، أَوْ يَبْنِىَ لَهُ فَوْقَهُ غُرْفَةً ، لَمْ يَصِحَّ .

الشرح الكبير

لأنَّه بَيْعٌ .

فصل : ولو صالَحَ عن المائةِ الثّابتةِ بالإِتْلافِ[1] بمائةٍ مُؤَجَّلَةٍ ، لم تَصِرْ مُؤَجَّلَةً . وهذا قولُ الشافعيِّ . وعن أحمدَ ، أنَّها تَصِيرُ مُؤَجَّلَةً . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه عاوَضَ عن المُتْلَفِ بمائةٍ مُؤَجَّلةٍ ، فجاز ، كما لو باعَه إيّاه . ولَنا ، أنَّه إنَّما يَسْتَحِقُّ عليه قِيمَةَ [٤/٨٤ظ] المُتْلَفِ ، وهو مائةٌ حالَّةٌ ، والحالُّ لا يَتأَجَّلُ بالتَّأْجيلِ ، وإن جَعَلْناه بَيْعًا ، فهو بَيْعُ دَيْنٍ بدَيْنٍ ، وهو غيرُ جائزٍ .

١٨٧١ – مسألة : (وإن صالَحَه عن بَيْتٍ على أن يَسْكُنَه سَنَةً ، أو يَبْنِىَ له فَوْقَه غُرْفةً ، لم يَصِحَّ) إذا ادَّعَى على رجلٍ بَيْتًا ، فصالَحَه على بعضِه ، أو على أن يَبْنِىَ [2]فوقه غُرْفَةً له ، أو[2] على أن يَسْكُنَه سَنَةً ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه يُصالِحُه مِن[3] مِلْكِه على مِلْكِه أو مَنْفَعَتِه . وإن أسْكَنَه كان

الإنصاف

فائدة : لو كانَ فى ذِمَّتِه مِثْلِيًّا ، مِن قَرْضٍ أو غيرِه ، لم يَجُزْ أنْ يُصالِحَ عنه بأكْثَرَ منه مِن جِنْسِه . وإنْ صالَحَ عن قِيمَةِ ذلك بأكْثرَ منها ، جازَ . قطَع به فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ » . وهو ظاهِرُ ماجزَم به فى « المُحَرَّرِ » وغيرِه ، ككَلامِ المُصَنِّفِ .

(١) فى الأصل : « بإتلاف » .

(٢ – ٢) فى م : « له ثم » .

(٣) فى م : « عن » .

المقنع

وَإِنْ قَالَ : أَقِرَّ لِى بِدَيْنِى ، وَأُعْطِيكَ مِنْهُ مِائَةً . فَفَعَلَ ، [١١٤و] صَحَّ الْإِقْرَارُ ، وَلَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ .

الشرح الكبير

تَبَرُّعًا منه ، متى شاء أخْرَجَه منها . وإن أعْطاه بعضَ دارِه بِناءً على هذا ، فمتى شاء انْتَزَعَه منه ؛ لأنَّه أعْطاه إيّاه عِوَضًا عمّا لا يَصْلُحُ عِوَضًا عنه . وإن فَعَل ذلك على سَبيلِ المُصالَحَةِ ، مُعْتَقِدًا أنَّ ذلك وَجَب عليه بالصُّلْحِ ، رَجَع عليه بأجْرِ ما سَكَن وأجْرِ ما كان فى يَدِه مِن الدّارِ ؛ لأنَّه أخَذَه بعَقْدٍ فاسدٍ ، فأشْبَهَ المَبِيعَ المَأْخُوذَ[1] بعَقْدٍ فاسِدٍ ، وسُكْنَى الدّارِ بإجارَةٍ فاسِدَةٍ . وإن بَنَى فوقَ البَيْتِ غُرْفَةً ، أُجْبِرَ على نَقْضِها . وإذا آجَرَ السَّطْحَ مُدَّةً مُقامِه فى يَدَيْه[2] فله[3] أخْذُ آلَتِه . وإنِ اتَّفَقا على أن يُصالِحَه صاحِبُ البَيْتِ عن بنائِه بعِوَضٍ ، جاز . وإن بَنَى الغُرْفَةَ بتُرابٍ مِن أرْضِ صاحِبِ البَيْتِ وآلاتِه ، فليس له أخذُ بِنائِه ؛ لأنَّه مِلْكُ صاحِبِ البَيْتِ . فإن أراد نَقْضَ البِناءِ ، لم يَكُنْ له ذلك إذا أبْرَأه المالِكُ مِن ضَمانِ ما يَتْلَفُ به . ويَحْتَمِلُ[4] أن يَمْلِكَ نَقْضَه ، كقَوْلِنا فى الغاصِبِ .

١٨٧٢ – مسألة : (ولو قال : أقِرَّ لى بدَيْنِى ، وأُعْطِيك منه مائةً . ففَعَلَ ، صَحَّ الإقْرارُ ، ولم يَصِحَّ الصُّلْحُ) لأنَّه يَجِبُ عليه الإقْرارُ بما عليه مِن الحَقِّ ، فلم يَحِلَّ له أخْذُ العِوَضِ عمّا يَجِبُ عليه . فعلى هذا ، يَرُدُّ

الإنصاف ....

---

(١) فى م : « الموجود » .

(٢) فى ر ١ ، م : « يده » .

(٣) فى النسخ : « وله » والمثبت كما فى المغنى ١٦/٧ .

(٤) فى ر ، ق ، م : « يتخرج » .

المقنع

وَإِنْ صَالَحَ إِنْسَانًا لِيُقِرَّ لَهُ بِالْعُبُودِيَّةِ ، أَوِ امْرَأَةً لِتُقِرَّ لَهُ بِالزَّوْجِيَّةِ ، لَمْ يَصِحَّ .

الشرح الكبير

ما أخذَ ؛ لأنَّه تبيَّنَ كَذِبُه بإقْرارِه ، وأنَّ الدَّيْنَ عليه ، فلَزِمَه أداؤُه بغيرِ عِوَضٍ .

١٨٧٣ – مسألة : (وإن صالَحَ إنْسانًا ليُقِرَّ له بالعُبُودِيَّةِ ، أو امْرَأةً لتُقِرَّ له بالزَّوْجِيَّةِ ، لم يَصِحَّ) لا يَصِحُّ[1] الصُّلْحُ على ما لا يَجُوزُ أخْذُ العِوَضِ عنه ، مثلَ أن يَدَّعِيَ على رجلٍ أنَّه عَبْدُه ، فيُنْكِرَه ، فيُصالِحَه على مالٍ ليُقِرَّ له بالعُبُودِيَّةِ ، فلا يَجُوزُ ذلك ؛ لأنَّه يُحِلُّ حَرامًا ، فإنَّ إرْقاقَ الحُرِّ نَفْسَه لا يَحِلُّ بعِوَضٍ ولا بغيرِه . وكذلك إن صالَحَ امرأةً لتُقِرَّ له بالزَّوْجِيَّةِ ؛ لأنَّه صُلْحٌ يُحِلُّ حَرامًا ، ولأنَّها لو أرادَتْ بَذْلَ نَفْسِها بعِوَضٍ لم يَجُزْ . فإن دَفَعَتْ إليه عِوَضًا عن هذه الدَّعْوَى ليَكُفَّ نَفْسَه عنها ، ففيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، لا يَجُوزُ ؛ لأنَّ الصُّلْحَ فى الإنْكارِ إنَّما يكونُ فى حَقِّ المُنْكِرِ لافْتِداءِ اليَمِينِ ، وهذه لا يَمِينَ عليها ، وفى حَقِّ المُدَّعِى يَأْخُذُ العِوَضَ فى مُقابَلَةِ حَقِّه الذى يَدَّعِيه ، وخُرُوجُ البُضْعِ مِن مِلْكِ الزَّوْجِ لا قِيمَةَ له ، وإنَّما أُجِيزَ الخُلْعُ للحاجَةِ إلى افْتِداءِ نَفْسِها . والثّانِى ، يَصِحُّ . ذَكَرَه أبو الخَطّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ ؛ لأنَّ المُدَّعِىَ يَأْخُذُ [٤/٨٥و] عِوَضًا عن

الإنصاف

قوله : وإنْ صالَحَ إنْسانًا ليُقِرَّ له بالعُبُودِيَّةِ ، أو امْرَأةً لتُقِرَّ له بالزَّوْجِيَّةِ ، لم يَصِحَّ . بلا نِزاعٍ أعْلَمُه .

---

(١) فى ر ، م : « يجوز » .

المقنع

وَإِنْ دَفَعَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْعُبُودِيَّةَ إِلَى الْمُدَّعِي مَالًا صُلْحًا عَنْ دَعْوَاهُ ، صَحَّ .

الشرح الكبير

حَقِّه مِن النِّكاحِ ، فجاز ، كعِوَضِ الخُلْعِ ، والمرأةُ تَبْذُلُه لقَطْعِ خُصومَتِه وإزالَةِ شَرِّه ، ورُبَّما تَوَجَّهتِ اليَمِينُ عليها لكَونِ الحاكِمِ يَرَى ذلك ، أو[1] لأنَّها مَشْرُوعَةٌ فى حَقِّها فى إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ . ومتى صالَحَتْه على[2] ذلك ، ثم ثَبَتَتِ الزَّوْجِيَّةُ بإقْرارِها أو ببَيِّنَةٍ ، فإن قُلْنا : الصُّلْحُ باطلٌ . فالنِّكاحُ باقٍ بحَالِه ؛ لأنَّه لم يُوجَدْ مِن الزَّوْجِ طَلاقٌ ولا خُلْعٌ . وإن قُلْنا : هو صَحِيحٌ . احْتَمَلَ ذلك أيضًا ؛ لِما ذَكَرْنا . واحْتَمَلَ أن تَبِينَ منه [3]بأخْذِ العِوَضِ[3] ؛ لأنَّه أخذَ العِوَضَ عمّا يَسْتَحِقُّه مِن نِكاحِها ، فكان خُلْعًا ، كما لو أقَرَّتْ له بالزَّوْجِيَّةِ فَخالَعَها . ولو ادَّعَتْ أنَّ زَوْجَها طَلَّقَها ثلاثًا ، فصالَحَها على مالٍ لتَنْزِلَ عن دَعْواها ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه لا يَجُوزُ لها بَذْلُ نَفْسِها لمُطَلِّقِها بعِوَضٍ ولا بغيرِه . وإن دَفَعَتْ إليه مالًا ليُقِرَّ بطَلاقِها ، لم يَجُزْ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ، وفى الآخَرِ ، يجوزُ ، كما لو بَذَلَتْ له عِوَضًا لِيُطَلِّقَها ثلاثًا .

١٨٧٤ – مسألة : (وإن دفعَ المُدَّعَى عليه العُبُودِيَّةَ إلى المُدَّعِي مالًا صُلْحًا عن دَعْواه ، صَحَّ) لأنَّه يجوزُ أن يُعْتِقَ عَبْدَه بمالٍ ، ويُشْرَعُ للدّافِعِ

الإنصاف

ومفْهومُ قوْلِه : وإنْ دفَع المُدَّعَى عليه العُبُودِيَّةَ إلى المُدَّعِي مالًا صُلْحًا عن

---

(١) فى ر١ ، م : « و » .

(٢) فى م : « عن » .

(٣ – ٣) فى م : « بأحد العوضين » .

الشرح الكبير لِدَفْعِ اليَمِينِ الواجِبَةِ عليه ، والخُصُومَةِ المُتَوَجِّهَةِ عليه[1] .

الإنصاف دَعْواه ، صَحَّ . أنَّ المرْأَةَ لو دَفَعَتْ مالًا صُلْحًا عن دَعْواه عليها الزَّوْجِيَّةَ ، لم يصِحَّ . وهو أَحَدُ الوَجْهَين ، وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . وهو ظاهِرُ كلامِه فى « المُـذْهَبِ » ، و « الهِدايَـةِ » ، و « الخُلاصَـةِ » ، و « التَّلْخـيصِ » ، وغيرِهم . وكلامُهم ككَلامِ المُصَنِّفِ . والوَجْهُ الثَّانِى ، يصِحُّ . ذكَرَه أبو الخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ . وهو الصَّحيحُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الكافِى » وغيرِه . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » وغيرِه . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّـرْحِ » ، و « الفُـروعِ » ، و « الرِّعايتَيْـن » ، و « الحاوِيَيْـن » ، و « الفائقِ » . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : ومتى صالَحَتْه على ذلك ، [2]ثم ثَبَتَتِ الزَّوْجِيَّةُ[2] بإقْرارِها ، أو ببَيِّنَةٍ ؛ فإنْ قُلْنا : الصُّلْحُ باطِلٌ . فالنِّكاحُ باقٍ بحالِه . وإنْ قُلْنا : هو صَحيحٌ . احْتَمَلَ ذلك أيضًا . قلتُ : وهو الصَّوابُ . واحْتَمَلَ أنْ تَبِينَ منه بأَخْذِ العِوَضِ عمَّا يَسْتَحِقُّه مِن نِكاحِها ، فكانَ خُلْعًا . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » .

فائدة : لو طَلَّقَها ثلاثًا ، أو أقلَّ ، فصَالَحَها على مالٍ ، لتَتْرُكَ[3] دَعْواها ، لم يَجُزْ . وإنْ دَفَعَتْ إليه مالًا ليُقِرَّ بطَلاقِها ، لم يَجُزْ ، فى أَحَدِ الوَجْهَيْن . قلتُ : هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . وفى الآخَرِ ، يجوزُ ، كما لو بذَلَتْه ليُطَلِّقَها ثلاثًا . قلتُ : يجوزُ لها أنْ تدْفَعَ إليه ، ويَحْرُمُ عليه أنْ يأْخُذَ . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » .

---

(1) فى ر ، ر1 ، م : « إليه » .

(2 - 2) فى ط : « تثبتت الزوجة » .

(3) فى ط : « ليترك » .

المقنع

النَّوْعُ الثَّانِى ، أَنْ يُصَالِحَ عَنِ الْحَقِّ بِغَيْرِ جِنْسِهِ ، فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ ، فَإِنْ كَانَ بِأَثْمَانٍ عَنْ أَثْمَانٍ ، فَهُوَ صَرْفٌ ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ الْأَثْمَانِ ، فَهُوَ بَيْعٌ ، وَإِنْ كَانَ بِمَنْفَعَةٍ ، كَسُكْنَى دَارٍ ، فَهُوَ إِجَارَةٌ تَبْطُلُ بِتَلَفِ الدَّارِ ، كَسَائِرِ الْإِجَارَاتِ .

الشرح الكبير

(النَّوْعُ الثّانِى ، أن يُصالِحَه عن الحَقِّ بغيرِ جِنْسِه ، فهو مُعاوَضَةٌ) وذلك مثلُ أن يَعْتَرِفَ له بعَيْنٍ فى يَدِه ، أو دَيْنٍ فى ذِمَّتِه ، ثم يُعَوِّضَه عن ذلك بما يجوزُ تَعْوِيضُه به ، وهو ثلاثةُ أقْسامٍ ؛ أحَدُها ، أن يُقِرَّ له بنَقْدٍ ، فيُصالِحَه على نَقْدٍ آخرَ ، مثلَ أن يُقِرَّ له بمائَةِ دِرْهَمٍ ، فيُصالِحَه عنها بعَشَرَةِ دَنانِيرَ ، أو بالعَكْسِ ، فهذا صَرْفٌ ، يُشْتَرَطُ له شُرُوطُ الصَّرْفِ ، مِن التَّقابُضِ فى المَجْلِسِ ونحوِه . القِسْمُ الثّانِى ، أن يَعْتَرِفَ له بعُرُوضٍ ، فيُصالِحَه على أثمانٍ ، أو بالعَكْسِ ، فهذا بَيْعٌ تَثْبُتُ فيه أحْكامُ البَيْعِ . الثّالِثُ ، أن يُصالِحَه على سُكْنَى دارٍ ، أو خِدْمَةِ عَبْدِه ، أو على أن يَعْمَلَ له عَمَلًا مَعْلُومًا ، فتكونُ إجارَةً ، لها حُكْمُ سائِرِ الإجاراتِ ، فإن تَلِفَتِ

الإنصاف

تنبيه : قوْلُه : النَّوعُ الثّانى ، أنْ يُصالِحَ عنِ الحَقِّ بغيرِ جِنْسِه ، فهو مُعاوَضَةٌ ، فإنْ كانَ بأثْمانٍ عن أثْمانٍ ، فهو صَرْفٌ . يُشْتَرَطُ فيه ما يُشْتَرَطُ فى الصَّرْفِ .

ومفْهومُ قوْلِه : وإنْ كانَ بغيرِ الأثْمانِ ، فهو بَيْعٌ . أنَّ البَيْعَ يصِحُّ بلَفْظِ : الصُّلْحِ . وهو ظاهِرُ كلامِ القاضِى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنِ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » . وقالَه فى « التَّرْغيبِ » . وقال فى « التَّلْخيصِ » : وفى انْعِقادِ البَيْعِ بلَفْظِ الصُّلْحِ تَرَدُّدٌ ؛ يَحْتَمِلُ أنْ يصِحَّ ، ويَحْتَمِلُ أنْ لا يصِحَّ . وعلَّلَهما . وتقدَّم ذلك فى كتابِ البَيْعِ .

المقنع

وَإِنْ صَالَحَتِ الْمَرْأَةُ بِتَزْوِيجِ نَفْسِهَا ، صَحَّ . فَإِنْ كَانَ الصُّلْحُ عَنْ عَيْبٍ فِي مَبِيعِهَا ، فَبَانَ أَنَّهُ لَيْسَ بِعَيْبٍ ، رَجَعَتْ بِأَرْشِهِ لَا بِمَهْرِهَا .

الشرح الكبير

الدّارُ أو العَبْدُ قبلَ اسْتِيفاءِ شيءٍ مِن المَنْفَعَةِ ، انْفَسَخَتِ الإجارَةُ ، ورَجَع بما صالَحَ عليه[1] . وإن تَلِفَتْ بعدَ اسْتِيفاءِ بعضِ المَنْفَعةِ ، انْفَسَخَتْ فيما بَقِيَ مِن المُدَّةِ ، ورَجع بقِسْطِ ما بَقِيَ . ولو صالَحَه على أن يُزَوِّجَه أمَتَه ، وكان ممَّن يَجُوزُ له نِكاحُ الإماءِ ، صَحَّ ، وكان المُصالَحُ عنه صَداقَها . فإنِ انْفَسَخَ النِّكاحُ قبلَ الدُّخُولِ بأمْرٍ يُسْقِطُ الصَّداقَ ، رَجَع الزَّوْجُ بما صالَحَ عنه . وإن طَلَّقَها قبلَ الدُّخُولِ ، رَجَع بنِصْفِه .

١٨٧٥ – مسألة : (وإن صالَحَتِ المرأةُ بتَزْوِيجِ نَفْسِها ، صَحَّ . فإن كان الصُّلْحُ عن عَيْبٍ فى مَبِيعِها ، فتبَيَّنَ أنَّه ليس بِعَيْبٍ ، رَجَعَتْ بأَرْشِه

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، يجوزُ الصُّلْحُ عن دَيْنٍ بغيرِ جِنْسِه مُطْلَقًا ، ويَحْرُمُ بجِنْسِه بأكثرَ أو أقلَّ ، على سَبِيلِ المُعاوَضَةِ . وتقدَّم قَرِيبٌ مِن ذلك . الثَّانيةُ ، لو صالَحَ بشيءٍ فى الذِّمَّةِ ، حَرُمَ التَّفرُّقُ قبلَ القَبْضِ .

قوله : وإن [١٢٩/٢و] صالَحه بمَنْفعةٍ ، كسُكْنَى دارٍ ، فهو إجارَةٌ ، تَبْطُلُ بتَلَفِ الدَّارِ ، كسائرِ الإجاراتِ . قالَه الأصحابُ . وذكَر صاحِبُ « التَّعْلِيقِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، لو صالَحَ الورَثَةُ مَن وَصَّى[2] له بخِدْمَةٍ أو سُكْنَى ، أو حَمْلِ أمَةٍ ، بدَراهِمَ مُسَمَّاةٍ ، جازَ ، لا بَيْعًا .

قوله[3] : وإنْ صالَحَتِ المَرْأَةُ بتَزْوِيجِ نَفْسِها ، صَحَّ ، فإنْ كانَ الصُّلْحُ عن

---

(١) فى ر ١ ، ق ، م : « عنه » .

(٢) فى الأصل ، ط : « رضى » .

(٣) من هنا إلى قوله : فحمدت الله على موافقة ذلك . فى آخر الصفحة بعد التالية ليس فى الأصل ، ط .

الشرح الكبير

لا بمَهْرِ مِثْلِها) إذا اعْتَرَفَتِ [٨٥/٤ظ] امرأةٌ لرجل بِدَيْنٍ أو عَيْنٍ ، فصالَحَتْه على أن تُزَوِّجَه نَفْسَها ، صَحَّ ، ويكونُ صَداقًا لها . فإن كان المُعْتَرَفُ به عَيْبًا فى مَبِيعِها ، فبان أنَّه ليس بعَيْبٍ ، كَبَياضٍ فى عَيْنِ العَبْدِ ظَنَّتْه عَمًى ، رَجَعَتْ بأَرْشِه ؛ لأَنَّ ذلك صَداقُها ، فرَجَعَتْ به لا بمَهْرِ

الإنصاف

عَيْبٍ فى مَبِيعِها ، فبانَ أنَّه ليس بعَيْبٍ ، رَجَعَتْ بأَرْشِه لا بمَهْرِها . وهكذا رأَيْتُ فى نُسْخَةٍ قُرِئَتْ على المُصَنِّفِ ، والمُصَنِّفُ مُمْسِكٌ للأَصْلِ ، وعليها خَطُّه . وكذا قال فى « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « إدْراكِ الغايَةِ » ، وغيرِهم . قال فى « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » : فبانَ صَحِيحًا . وفى « « مُنَوِّرِ الآدَمِىِّ » » ، و « مُنْتخَبِه » : فبانَ أنْ لاعَيْبَ . وفى « تَجْرِيدِ العِنايَةِ » : فبانَ بخِلافِه . وعليها شرَح الشَّارِحُ . فمَفْهومُ كلامِ هؤلاءِ ، أنَّه لو كانَ به عَيْبٌ حَقِيقَةً ، ثم زالَ عندَ المُشْتَرِى ، أنَّه لايرْجِعُ بالأَرْشِ . قال ابنُ نَصْرِ اللهِ ، فى « حَواشِى الوَجيزِ » : بلا خِلافٍ . ووُجِدَ فى نُسَخٍ : فزالَ ، أى العَيْبُ . وكذا فى « الكافِى » ، و « الوَجيزِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . فظاهِرُ كلامِ هؤلاءِ ، أنَّه إنْ كان به عَيْبٌ حَقِيقَةً ، ثم زالَ ، كالحُمَّى مثَلًا ، والمَرَضِ ، ونحوِهما . لكِنْ أَوَّلَه ابنُ مُنَجَّى ، فى « شَرْحِه » ، وقال : معْنَى زالَ ، تبيَّنَ . وذكَر أنَّه لمَصْلَحَةِ مَن أذِنَ له فى إصْلاحِه ، كالنُّسْخَةِ الأُولى . ومَثَّله بما إذا كان المَبِيعُ أمَةً ظنَّها حامِلًا لانْتِفاخِ بَطْنِها ، ثم زالَ . وقال : صرَّح به أبو الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » . ثم قال : فعلى هذا ، إنْ كان مَوْجودًا ، أى العَيْبُ ، عندَ العَقْدِ ، ثم زالَ ، كمَبِيعِ طيرٍ مَرِيضًا ، فتَعافَى ، لا شىءَ لها . وزَوالُ العَيْبِ بعدَ ثُبوتِه حالَ العَقْدِ ، لا يُوجِبُ بُطْلانَ الأَرْشِ . لكِنَّ تأْوِيلَه مُخالِفٌ لظاهِرِ اللَّفْظِ . وهو مُخالِفٌ لما صرَّح به فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « المُذْهَبِ » ، و « النَّظْمِ » ؛ فإنَّهم ذكَرُوا الصُّورَتَيْن ،

الشرح الكبير

مِثْلِها . فإن لم يَزُلِ العَيْبُ ، ولكن انْفَسَخَ نِكاحُها بما يُسْقِطُ صَداقَها ، رَجَع عليها بأَرْشِه .

الإنصاف

وجعَلُوا حُكْمَهما واحِدًا . إذا تحَقَّقَ ذلك ، فهنا صُورَتان ؛ إحْداهما ، إذا تَبَيَّنَ أنَّه ليس بعَيْبٍ ؛ فهذه لا نِزاعَ فيها فى ردِّ الأَرْشِ . الثَّانيةُ ، إذا كان العَيْبُ مَوجودًا ، ثم زالَ ، فهذه محَلُّ الكَلامِ والخِلافِ . فحكَى فى « الرِّعايتَيْن » فيها وَجْهَين ، وزادَ فى « الكُبْرَى » قولًا ثالِثًا ؛ أحدُها ، أنَّه حيثُ زالَ ، يرُدُّ الأَرْشَ . وهو الذى قطَع به فى « المُذْهَبِ » ، و « الحاوِيَيْن » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » . وهو ظاهِرُ قوْلِه فى « الوَجيزِ » ، و « الكافِى » ، و « الفُروعِ » ؛ لاقْتِصارِهم على قوْلِهم : فزالَ . والقَوْلُ الثَّانى ، أنَّ الأَرْشَ قدِ اسْتقَرَّ لمَن أخَذَه ، ولو زالَ العَيْبُ ، ولا يَلْزَمُه ردُّه . وهذا ظاهِرُ ما فى « الخُلاصَةِ » ، و « المُقْنِعِ » ، فى نُسْخَةٍ ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « إدْراكِ الغايَةِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « المُنْتَخَبِ » ، و « تَجْرِيدِ العِنايَةِ » ؛ لاقْتِصارِهم على قوْلِهم : فتَبَيَّنَ أنَّه ليس بعَيْبٍ . اخْتارَه ابنُ مُنَجَّى . وقال ابنُ نَصْرِ اللهِ : لا خِلافَ فيه . وكأنَّه ما اطَّلَعَ على كلامِه فى « المُذْهَبِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . ولنا قَوْلٌ ثالثٌ فى المَسْأَلَةِ ، اخْتارَه ابنُ حَمْدانَ فى « الكُبْرَى » ، فقال : قلتُ : إنْ زالَ العَيْبُ ، والعَقْدُ جائزٌ ، أخَذَه ، وإلَّا فلا . انتهى . قلتُ : وهو أقْرَبُ مِنَ القَوْلَيْن ؛ ويُزادُ : إذا زالَ سَريعًا عُرْفًا . واللهُ أعلمُ . وبعدَه القَوْلُ بعَدَمِ الرَّدِّ . والقَوْلُ بالرَّدِّ مُطْلَقًا ، إذا زالَ العَيْبُ ، بعيدٌ ؛ إذْ لابُدَّ مِن حَدٍّ يُرَدُّ فيه ، ثم وَجَدْتُه فى « النَّظْمِ » قال : إذا زالَ سَرِيعًا . فحَمِدْتُ اللهَ على مُوافَقَةِ ذلك[1] .

(١) نهاية السقط .

المقنع

وَإِنْ صَالَحَ عَمَّا فِى الذِّمَّةِ بِشَىْءٍ فِى الذِّمَّةِ ، لَمْ يَجُزِ التَّفَرُّقُ قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُ بَيْعُ دَيْنٍ بِدَيْنٍ .

الشرح الكبير

١٨٧٦ – مسألة : (وإن صالَحَ عمّا فى الذِّمَّةِ بشىءٍ فى الذِّمَّةِ ، لم يَجُزِ التَّفرُّقُ قبلَ القَبْضِ ؛ لأنَّه بَيْعُ دَيْنٍ بدَيْنٍ) وقد نَهَى الشّارِعُ عنه .

فصل : وإن صالَحَه بخِدْمَةِ عَبْدِه سَنَةً ، صَحَّ ، وكانت إجارَةً ، على ما ذَكَرْنا . فإن باع العَبْدَ فى السَّنَةِ ، صَحَّ البَيْعُ ، ويكونُ المُشْتَرِى مَسْلُوبَ المَنْفَعةِ بَقِيَّةَ السَّنَةِ ، وللمُصالِحِ اسْتِيفاءُ مَنْفَعَتِه إلى انْقِضاءِ السَّنَةِ ، كما لو زَوَّجَ أمَتَه ثم باعها . وإن لم[1] يَعْلَمِ المُشْتَرِى بذلك ، فله الفَسْخُ ؛ لأنَّه عَيْبٌ . وإن أعْتَقَ العَبْدَ فى أثْناءِ المُدَّةِ ، صَحَّ عِتْقُه ؛ لأنَّه مَمْلُوكٌ يَصِحُّ بَيْعُه ، فصَحَّ عِتْقُه كغيرِه ، وللمُصالِحِ أن يَسْتَوْفِىَ نَفْعَه فى المُدَّةِ ؛ لأنَّه أعْتَقَه بعدَ أن مَلَّكَ مَنْفَعَتَه لغيرِه ، فأشْبَهَ ما لو أعْتَقَ الأمَةَ المُزَوَّجَةَ لحُرٍّ . ولا يَرْجِعُ العَبْدُ على سَيِّدِه بشىءٍ ؛ لأنَّه ما أزال مِلْكَه بالعِتْقِ إلَّا عن الرَّقَبةِ ، والمَنافِعُ حِينَئذٍ مَمْلُوكَةٌ لغيرِه ، فلم تَتْلَفْ مَنافِعُه بالعِتْقِ ، فلا يَرْجِعُ بشىءٍ ، ولأنَّه أعْتَقَه مَسْلُوبَ المَنْفَعَةِ فلم يَرْجِعْ بشىءٍ ، كما لو أعْتَقَ زَمِنًا ، أو مَقْطُوعَ اليَدَيْنِ ، أو أمَةً مُزَوَّجَةً . وذَكَر القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، وَجْهًا أنَّه يَرْجِعُ على سَيِّدِه بأجْرِ مِثْلِه . وهو قولُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ العِتْقَ اقْتَضَى إزالَةَ مِلْكِه عن الرَّقَبةِ والمَنْفَعةِ جَمِيعًا ، فلَمّا لم تَحْصُلِ المَنْفَعَةُ للعَبْدِ هٰهُنا ، فكأنَّه حال بينَه وبينَ مَنْفَعَتِه . ولَنا ، أنَّ إعْتاقَه لم يُصادِفْ للمُعْتِقِ

الإنصاف

....

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

سِوَى مِلْكِ الرَّقَبَةِ ، فلم يُؤَثِّرْ إلَّا فيه ، كما لو وَصَّى لرجل برَقَبَةِ عَبْدٍ ولآخرَ بمَنْفَعَتِه ، فأَعْتَقَ صاحِبُ الرَّقَبَةِ ، وكما لو أعْتَقَ أمَةً مُزَوَّجَةً . قَوْلُهم : إنَّه اقْتَضَى زَوالَ المِلْكِ عن المَنْفَعَةِ . قُلْنا : إنَّما يَقْتَضِى ذلك إذا كانت مَمْلُوكَةً له ، أمّا إذا كانت مَمْلُوكَةً لغيرِه فلا يَقْتَضِى إعْتاقُه إزالَةَ ما ليس بمَوْجُودٍ . وإن تَبَيَّنَ أنَّ العَبْدَ مُسْتَحَقٌّ ، تَبَيَّنَ بُطْلانُ الصُّلْحِ لفَسادِ العِوَضِ ، ورَجَع المُدَّعِى فيما أقَرَّ له به . وإن وَجَد العَبْدَ مَعِيبًا عَيْبًا[1] تَنْقُصُ به المَنْفَعَةُ ، فله رَدُّه وفَسْخُ الصُّلْحِ . وإن صالَحَ على العَبْدِ عَيْنِه ، صَحَّ . والحُكْمُ فيما إذا خَرَج مُسْتَحَقًّا أو مَعِيبًا كما ذَكَرْنا .

فصل : إذا ادَّعَى زَرْعًا فى يَدِ رجلٍ ، فأَقَرَّ له به ، ثم صالَحَه على دَراهِمَ ، جاز على الوَجْهِ الذى يَجُوزُ بَيْعَ الزَّرْعِ . وقد ذَكَرْناه فى البَيْعِ . فإن كان [٨٦/٤و] الزَّرْعُ فى يَدِ رَجُلَيْن ، فأَقَرَّ له أحَدُهما بنِصْفِه ، ثم صالَحَه عليه قبلَ اشْتِدادِ حَبِّه ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه إن كان الصُّلْحُ مُطْلَقًا أو بشَرْطِ التَّبْقِيَةِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه لا يَجُوزُ بَيْعُه . وإن شَرَط القَطْعَ ، لم يَجُزْ أيضًا ؛ لكَوْنِه لا يُمْكِنُه قَطْعُه إلَّا بقَطْعِ زَرْعِ الآخَرِ . ولو كان الزَّرْعُ لواحِدٍ ، فأَقَرَّ للمُدَّعِى بنِصْفِه ، ثم صالَحَه عنه بنِصْفِ الأرْضِ ، ليَصِيرَ الزَّرْعُ كلُّه للمُقِرِّ ، والأرْضُ بينَهما نِصْفَيْن ، فإن شَرَط القَطْعَ جاز ؛ لأنَّ الزَّرْعَ كلَّه للمُقِرِّ ، فجاز شَرْطُ قَطْعِه . ويَحْتَمِلُ أن لا يجوزَ ؛ لأنَّ فى الزَّرْعِ ما ليس

الإنصاف ....

(١) سقط من : الأصل .

المقنع

وَيَصِحُّ الصُّلْحُ عَنِ الْمَجْهُولِ بِمَعْلُومٍ ، إِذَا كَانَ مِمَّا لَا يُمْكِنُ مَعْرِفَتُهُ لِلْحَاجَةِ .

الشرح الكبير

بمَبيعٍ ، وهو النِّصْفُ الذى لم يُقِرَّ به ، وهو فى النِّصْفِ الباقِى له ، فلا يَصِحُّ شَرْطُ قَطْعِه ، كما لو شَرَط قَطْعَ زَرْعٍ آخَرَ فى أرْضٍ أُخْرَى . وإن صالَحَه عنه[1] بجَمِيعِ الأرْضِ بشَرْطِ القَطْعِ لِيُسَلِّمَ الأرْضَ إليه فارِغَةً ، صَحَّ ؛ لأنَّ قَطْعَ جَمِيعِ الزرْعِ مُسْتَحَقٌّ نِصْفُه بحُكْمِ الصُّلْحِ ، والباقِى لتَفْرِيغِ الأرْضِ ، فأمْكَنَ القَطْعُ . وإن كان إقْرارُه بجَمِيعِ الزَّرْعِ ، فصالَحَه مِن نِصْفِه على نِصْفِ الأرْضِ ؛ لتكونَ الأرْضُ والزَّرْعُ بينَهما نِصْفَيْن ، وشَرَطا القَطْعَ فى الجَمِيعِ ، احْتَمَلَ الجَوازَ ؛ لأنَّهما قد شَرَطا قَطْعَ كلِّ الزَّرْعِ وتَسْلِيمَ الأرْضِ فارِغَةً . واحْتَمَلَ المَنْعَ ؛ لأنَّ باقِىَ الزَّرْعِ ليس بمَبِيعٍ ، فلا يَصِحُّ شَرْطُ قَطْعِه فى العَقْدِ .

١٨٧٧ – مسألة : (ويَصِحُّ الصُّلْحُ عن المَجْهُولِ بمَعْلُومٍ ، إذا كان ممّا لا يُمْكِنُ مَعْرِفَتُه للحاجَةِ) يَصِحُّ الصُّلْحُ عن المَجْهُولِ ، سَواءٌ كان عَيْنًا أو دَيْنًا ، إذا كان مِمّا لا سَبِيلَ إلى مَعْرِفَتِه . قال أحمدُ ، فى الرجلِ يُصالِحُ

الإنصاف

قوله : ويَصِحُّ الصُّلْحُ عنِ المَجْهُولِ بمَعْلُومٍ ، إذا كانَ مما لا يُمْكِنُ مَعْرِفَتُه للحاجَةِ . وسواءٌ كان عَيْنًا أو دَيْنًا ، أو كان الجَهْلُ مِنَ الجانِبَيْن ، أو ممَّن عليه . وهذا المذهبُ مُطْلَقًا ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ؛ منهم القاضى . وابنُ عَقِيلٍ ،

---

(١) فى ر ١ ، ق ، م : « منه » .

الشرح الكبير

عن الشيءِ : فإن عَلِم أنَّه أكْثَرُ منه ، لم يَجُزْ إلَّا أن يُوقِفَه[1] عليه ، إلَّا أن يكونَ مَجْهُولًا لا يَدْرِى ما هو . ونَقَل عنه عبدُ اللهِ ، إذا اخْتَلَطَ قَفِيزُ حِنْطَةٍ بقَفِيزِ شَعِيرٍ ، وطُحِنا ، فإن عَرَف قِيمَةَ دَقِيقِ الحِنْطَةِ ودَقِيقِ الشَّعِيرِ ، بِيعَ هذا ، وأُعْطِىَ كلُّ واحِدٍ منهما قِيمَةَ مالِه ، إلَّا أن يَصْطَلِحا على شيءٍ ويَتَحالَّا . وقال ابنُ أبى موسى : الصُّلْحُ الجائزُ هو صُلْحُ الزَّوْجَةِ مِن صَداقِها الذى لا بَيِّنَةَ لها به ، ولا عِلْمَ لها ولا للوَرَثةِ بمَبْلَغِه ، وكذلك الرَّجُلان تكونُ بينَهما المُعامَلَةُ والحِسابُ الذى قد مَضَى عليه الزَّمَنُ الطَّوِيلُ ، لا عِلْمَ لكلِّ واحِدٍ منهما بما عليه لصاحِبِه ، فيجوزُ الصُّلْحُ بَيْنَهما ، وكذلك مَن عليه حَقٌّ لا عِلْمَ له بقَدْرِه ، جاز أن يُصالِحَ عليه ، وسواءٌ كان صاحِبُ الحَقِّ يَعْلَمُ قَدْرَ حَقِّه ولا بَيِّنَةَ له ، أو[2] لا عِلْمَ له . ويقولُ القابِضُ : إن كان لى عليك حَقٌّ ، فأنْتَ منه فى حِلٍّ . ويقولُ الدّافِعُ : إن كنتَ أخَذْتَ أكْثَرَ مِن حَقِّك ، فأنْتَ منه فى حِلٍّ . وقال الشافعىُّ : لا يَصِحُّ الصُّلْحُ على مَجْهُولٍ ؛ لأنَّه فَرْعُ البَيْعِ ، والبَيْعُ لا يَصِحُّ على مَجْهُولٍ . [٨٦/٤ظ]

الإنصاف

وقطَع به كثيرٌ منهم . وخرَّج[3] القاضى ، فى « التَّعْلِيقِ » ، وأبو الخَطَّابِ ، فى « الانْتِصارِ » ، وغيرُهما ، عدَمَ الصِّحَّةِ فى صُلْحِ المَجْهولِ ، والإنْكارِ مِنَ البَراءَةِ مِنَ المَجْهولِ . وخرَّجَه فى « التَّبْصِرَةِ » مِنَ الإبْراءِ مِن عَيْبٍ لم يَعْلَما به . وقيل :

---

(١) فى ر ، ق : « يوافقه » .
(٢) فى الأصل ، م : « و » .
(٣) فى الأصل ، ط : « فأخرج » .

الشرح الكبير

ولَنا ، ما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ ، (١أنَّه قال١) فى رَجُلَيْن اخْتَصَما فى مَوارِيثَ دَرَسَتْ : « اسْتَهِمَا ، وتَوَخَّيا(٢) ، ولْيَحْلِلْ أحَدُكُما صَاحِبَهُ » . رَواه أحمدُ بمعناه(٣) . وهذا صُلْحٌ على المَجْهُولِ ، ولأنَّه إسْقاطُ حَقٍّ ، فصَحَّ فى المَجْهُولِ ، كالعَتاقِ ، ولأنَّه إذا صَحَّ الصُّلْحُ مع العِلْمِ وإمكانِ أداءِ الحَقِّ بعَيْنِه ، فَلَأَن يَصِحَّ مع الجَهْلِ أوْلَى ، وذلك لأنَّه إذا كان مَعْلُومًا ، فلهما طَرِيقٌ إلى التَّخَلُّصِ ، وبَراءَةِ أحَدِهما مِن صاحِبِه بدُونِه ، ومع الجَهْلِ لا يُمْكِنُ ذلك ، فلو لم يَجُزِ الصُّلْحُ ، أفْضَى إلى ضَياعِ المالِ ، على تَقْدِيرِ أن يكونَ بينهما مالٌ(٤) لا يَعْرِفُ كلُّ واحِدٍ منهما قَدْرَ حَقِّه منه . ولا نُسَلِّمُ كَوْنَه فَرْعَ بَيْعٍ ، وإنَّما هو إبْراءٌ . وإن سَلَّمْنا كَوْنَه فَرْعَ بَيْعٍ ، فإنَّ البَيْعَ يَصِحُّ فى المَجْهُولِ عندَ الحاجَةِ ، كبَيْعِ أساساتِ الحِيطانِ ، وطَىِّ الآبارِ ، وما مَأْكُولُه فى جَوْفِه ، ولو أتْلَفَ رجلٌ صُبْرَةَ طَعامٍ لا يَعْلَمُ قَدْرَها ، فقال صاحِبُ الطَّعامِ لمُتْلِفِه : بِعْتُك الطَّعامَ الذى فى ذِمَّتِك بهذا الدِّرْهَمِ(٥) .

الإنصاف

لا يصِحُّ عن أعْيانٍ مَجْهولَةٍ ؛ لكَوْنِه إبْراءً ، وهى لا تَقْبَلُه . وقال(٦) فى « التَّرْغيبِ » : وهو ظاهِرُ كلامِه . واخْتارَه فى « التَّلْخيصِ » ، وقال : قالَه القاضى فى « التَّعْليقِ الكَبيرِ » .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) فى ر ، ر١ : « تواخيا » .

(٣) تقدم تخريجه فى ٢٥٧/١١ .

(٤) فى الأصل : « ما » .

(٥) فى ر : « الدراهم » . وفى را : « ألف درهم » .

(٦) فى الأصل ، ط : « قاله » .

الشرح الكبير

أو : بهذا الثَّوْبِ . صَحَّ . إذا ثَبَت هذا ، فمتى كان العِوَضُ فى الصُّلْحِ مِمّا لا يَحْتاجُ إلى تَسْلِيمِه ، ولا سَبِيلَ إلى مَعْرِفَتِه ، كالمُخْتَصِمَيْنِ فى مَوارِيثَ دارِسَةٍ ، وحُقُوقٍ سالِفَةٍ ، أو فى أرْضٍ أو عَيْنٍ مِن المالِ لا يَعْلَمُ كلُّ واحدٍ منهما[1] قَدْرَ حَقِّه فيها[2] ، صَحَّ الصُّلْحُ مع الجَهالَةِ مِن الجانِبَيْنِ ؛ لِما ذَكَرْنا مِن الخَبَرِ والمَعْنَى . وإن كان مِمّا[3] يَحْتاجُ إلى تَسْلِيمِه ، لم يَجُزْ مع الجَهالَةِ ، ولا بُدَّ مِن العِلْمِ به ؛ لأنَّ تَسْلِيمَه واجِبٌ ، والجَهالَةُ تَمْنَعُه وتُفْضِى إلى التَّنازُعِ ، فلا يَحْصُلُ مَقْصُودُ الصُّلْحِ .

فصل : فأمّا ما يُمْكِنُهما مَعْرِفَتُه ، كتَرِكَةٍ مَوْجُودَةٍ ، أو يَعْلَمُه الذى هو عليه ويَجْهَلُه صاحِبُه ، فلا يَصِحُّ الصُّلْحُ عليه مع الجَهْلِ . قال أحمدُ : إن صُولِحَتِ امرأةٌ مِن[4] ثُمُنِها ، لم يَصِحَّ . واحْتَجَّ بقَوْلِ شُرَيْحٍ : أيُّما امرأةٍ صُولِحَتْ مِن ثُمُنِها ، لم يَتَبَيَّنْ لها ما تَرَك زَوْجُها ، فهى الرِّيبَةُ كلُّها . قال : وإن وَرِث قَوْمٌ مالًا ودُورًا وغيرَ ذلك ، فقالُوا لبعضِهم : نُخْرِجُك

الإنصاف

تنبيه : مَفْهومُ كلامِه ، أنَّه إذا أمْكَنَ مَعْرِفَةُ المَجْهولِ ، لا يصِحُّ الصُّلْحُ عنه . وهو صحيحٌ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم ؛ لعدَمِ الحاجَةِ ، كالبَيْعِ . قال فى « الفُروعِ » : وهو ظاهِرُ نُصوصِه . وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « الإرْشادِ » وغيرِه .

---

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : ر ، م .

(٣) سقط من : م .

(٤) فى الأصل : « عن » .

المقنع

فَصْلٌ : الْقِسْمُ الثَّانِى ، أَنْ يَدَّعِىَ عَلَيْهِ عَيْنًا أَوْ دَيْنًا ، فَيُنْكِرَهُ ثُمَّ

الشرح الكبير

مِن الميراثِ بألْفِ دِرْهمٍ . أكْرَهُ ذلك . ولا يَشْتَرِى منها شيئًا[1] وهى لا تَعْلَمُ ، لَعَلَّها تظُنُّ أنَّه قَليلٌ وهو يَعْلَمُ أنَّه كَثِيرٌ ، ولا يَشْتَرِى حتى تَعْرِفَه وتَعْلَمَ ما هو ، إنَّما يُصالِحُ الرجلُ الرجلَ على الشىءِ لا يَعْرِفُه ولا يَدْرِى ما هو حِسابُ بينِهما ، فيُصالِحُه ، أو يكونُ رجلٌ يَعْلَمُ ما له عندَ رجلٍ ، والآخرُ لا يَعْلَمُه فيُصالِحُه ، فأمَّا إذا عَلِم فلم يُصالِحْه ، إنَّما يُرِيدُ أن يَهْضِمَ حَقَّه ، ويَذْهَبَ به . وذلك لأنَّ الصُّلْحَ إنَّما جاز مع الجَهالَةِ للحاجَةِ إليه لإبْراءِ الذِّمَمِ ، وإزالَةِ المُنازَعاتِ[2] ، فمع إمْكانِ العِلْمِ لا حاجَةَ إلى الصُّلْحِ مع الجَهالةِ ، فلم يَصِحَّ كالبَيْعِ .

[٨٧/٤و] **فصل** : قال الشيخُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : (القِسْمُ الثّانِى ، أن يَدَّعِىَ عليه عَيْنًا أو دَيْنًا ، فيُنْكِرَه ثم يُصالِحَه على مالٍ ، فيَصِحَّ ، ويكونَ

الإنصاف

والذى قدَّمه فى « الفُروعِ » ، أنَّه كبَراءَةٍ مِن مَجْهولٍ . قال فى « التَّلْخيصِ » : وقد نزَّلَ أصحابُنا الصُّلْحَ عنِ المَجْهولِ المُقَرِّ به بمَعْلُومٍ مَنْزِلَةَ الإبْراءِ مِنَ المَجْهولِ ، فيَصِحُّ على المَشْهورِ ؛ لقَطْعِ النِّزاعِ . وإنْ قُلْنا : لا يصِحُّ الإبْراءُ مِنَ المَجْهولِ . فلا يصِحُّ الصُّلْحُ عنه .

فائدة : حيثُ قُلْنا : يصِحُّ الصُّلْحُ عنِ المَجْهولِ . فإنَّه يصِحُّ بنَقْدٍ ونَسِيئَةٍ . جزَم به فى « الفُروعِ » ، وغيرُه مِنَ الأصحابِ .

قوله : القِسْمُ الثَّانِى ، أنْ يَدَّعِىَ عليه عَيْنًا ، أو دَيْنًا ، فيُنْكِرَه – أو يسْكُتَ – ثم

---

(١) فى ق : « شىء » .

(٢) فى را ، ر ، ق : « المنازعة » . وفى م : « الخصام » .

المقنع يُصَالِحَهُ عَلَى مَالٍ ، فَيَصِحَّ ، وَيَكُونَ بَيْعًا فِى حَقِّ الْمُدَّعِى ، حَتَّى إِنْ وَجَدَ بِمَا أَخَذَهُ عَيْبًا فَلَهُ رَدُّهُ [١١٤ظ] وَفَسْخُ الصُّلْحِ .

الشرح الكبير بَيْعًا فى حَقِّ المُدَّعِى ، حتى إن وَجَد بما أخَذَه عَيْبًا فله رَدُّه وفَسْخُ الصُّلْحِ) الصُّلْحُ على الإنْكارِ صَحِيحٌ . وبه قال مالكٌ ، وأبو حنيفةَ . وقال الشافعىُّ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه عاوَضَ عمّا لم يَثْبُتْ له ، فلم تَصِحَّ المُعاوَضَةُ ، كما لو باع مالَ غيرِه ، ولأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ خَلا عن العِوَضِ فى أحَدِ جانِبَيْه ، فبَطَلَ ، كالصُّلْحِ على حَدِّ القَذْفِ . ولنا ، عُمُومُ قَوْلِه عليه السَّلامُ : « الصُّلْحُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ جَائِزٌ »[1] . فيَدْخُلُ هذا فى عُمُومِه . فإن قالُوا : فقد قال : « إلَّا صُلْحًا أحَلَّ حَرَامًا » . وهذا داخِلٌ فيه ؛ لأنَّه لم يَكُنْ له أن يَأْخُذَ مِن مالِ المُدَّعَى عليه ، فحَلَّ بالصُّلْحِ . قُلْنا : لا نُسَلِّمُ دُخُولَه فيه ، ولا يَصِحُّ حَمْلُ الحَدِيثِ على ما ذَكَرُوهُ ؛ لوَجْهَيْن ؛ أحَدُهما : أنَّ هذا يُوجَدُ[2] فى الصُّلْحِ بمَعْنَى البَيْعِ ، فإنَّه يُحِلُّ لكلِّ واحِدٍ منهما ما كان مُحَرَّمًا عليه قبلَه ، وكذلك الصُّلْحُ بمَعْنَى الهِبَةِ ، فإنَّه يُحِلُّ للمَوْهُوبِ له ما كان حَرامًا عليه . الثانى ، أنَّه لو حَلَّ به المُحَرَّمُ ، لكان الصُّلْحُ صَحِيحًا ؛

الإنصاف يُصالِحَه على مَالٍ ، فيَصِحَّ ، ويَكُونَ بيْعًا فى حَقِّ المُدَّعِى ، حتى إنْ وجَد بما أخَذَه عَيْبًا ، فله رَدُّه وفَسْخُ الصُّلْحِ ، وإنْ كانَ شِقْصًا مَشْفُوعًا ، ثَبَتَتْ فيه الشُّفْعَةُ - وإنْ صالَحَ ببعضِ العَيْنِ المُدَّعَى بها ، فهو كالمُنْكِرِ . قالَه الأصحابُ . قال فى

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ١٢٣ .

(٢) فى ق ، م : « يؤخذ » .

الشرح الكبير

فإنَّ الصُّلْحَ الفاسِدَ لا[1] يُحِلُّ الحَرامَ ، وإنَّما مَعْناه[2] ما يُتَوَصَّلُ به إلى تَناوُلِ المُحَرَّمِ مع بَقائِه على تَحْرِيمِه ، كما لو صالَحَه على اسْتِرْقاقِ حُرٍّ ، أو إحْلالِ بُضْعٍ مُحرَّمٍ ، أو صالَحَه بخَمْرٍ أو خِنْزِيرٍ ، وليس ما نحن فيه كذلك . وعلى أنَّهم لا يَقُولُونَ بهذا ، فإنَّهم يُبِيحُون لمَن له حَقٌّ يَجْحَدُه غَرِيمُه ، أنْ يَأْخُذَ مِن مالِه بقَدْرِه ، أو دُونَه . فإذا حَلَّ له ذلك مِن غيرِ اخْتِيارِه ولا عِلْمِه ، فلأَن يَحِلَّ بِرِضاه وبَذْلِه أوْلَى . وكذلك إذا حَلَّ مع اعْتِرافِ الغَرِيمِ ، فلأَن يَحِلَّ مع جَحْدِه وعَجْزِه عن الوُصُولِ إلى حَقِّه إلا بذلِك أوْلَى ، ولأنَّ المُدَّعِيَ هٰهُنا يَأْخُذُ عِوَضَ حَقِّه الثَّابتِ له ، والمُدَّعَى عليه[3] يَدْفَعُه لدَفْعِ الشَّرِّ عنه ، ولِقَطْعِ الخُصُومةِ ، ولَمْ يَرِدِ الشَّرْعُ بتَحْرِيمِ ذلك فى مَوْضِعٍ ، ولأنَّه صُلْحٌ يَصِحُّ مع الأجْنَبِىِّ ، فصَحَّ مع الخَصْمِ ، كالصُّلْحِ مع الإقْرارِ . يُحَقِّقُه أنَّه إذا صَحَّ مع الأجْنَبِىِّ مع غِناه عنه ، فلأَن يَصِحَّ مع الخَصْمِ مع حاجَتِه إليه أوْلَى . وقَوْلُهم : إنَّه مُعاوَضَةٌ . قُلْنا : فى حَقِّهما أو فى حَقِّ أحَدِهما ؟ الأَوَّلُ مَمْنُوعٌ ، والثَّانِى مُسَلَّمٌ ؛ وهذا لأنَّ المُدَّعِيَ يَأْخُذُ عِوَضَ حَقِّه مِن المُنْكِرِ لعِلْمِه بثُبُوتِ حَقِّه

الإنصاف

« الفُرُوعِ » : وفيه خِلافٌ . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى[4] » : فهو كالمُنْكِرِ . وفى صِحَّتِه احْتِمالان – ويَكُونُ إبْراءً فى حَقِّ الآخَرِ ، فلا يُرَدُّ ما صالَحَ عنه بعَيْبٍ ، ولا

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « منعناه » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقط من : ط .

الشرح الكبير

عندَه ، فهو مُعاوَضَةٌ فى حَقِّه ، والمُنْكِرُ يَعْتَقِدُ أنَّه يَدْفَعُ المالَ لدَفْعِ الخُصُومةِ واليَمِينِ عنه ، ويُخَلِّصُه مِن شَرِّ المُدَّعِى ، فهو أبْرَأُ فى حَقِّه ، وغيرُ [٨٧/٤ظ] مُمْتَنِعٍ ثُبُوتُ المُعاوَضَةِ فى حَقِّ أحَدِ المُتعاقِدَيْن دُونَ الآخَرِ ، كما لو اشْتَرَى عَبْدًا شَهِد بحُرِّيَّتِه ، فإنَّه يَصِحُّ ، ويكونُ مُعاوَضَةً فى حَقِّ البائِعِ ، واسْتِنْقاذًا له مِن الرِّقِّ فى حَقِّ المُشْتَرِى ، كذا ههُنا . إذا ثَبَت هذا ، فلا يَصِحُّ هذا الصُّلْحُ إلَّا أن يكونَ المُدَّعِى مُعْتَقِدًا أنَّ ما ادَّعاه حَقٌّ ، والمُدَّعَى عليه يَعْتَقِدُ أنَّه لا حَقَّ عليه ، فيَدْفَعُ إلى المُدَّعِى شيئًا ، افْتِداءً ليَمِينِه ، وقَطْعًا للخُصُومَةِ ، وصِيانَةً لنَفْسِه عن التَّبَذُّلِ وحُضُورِ

الإنصاف

يُؤْخَذُ بشُفْعَةٍ . اعْلَمْ أنَّ الصَّحيحَ مِنَ المذهبِ ، صِحَّةُ الصُّلْحِ على الإنْكارِ ، وعليه الأصحابُ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وعنه ، لا يصِحُّ الصُّلْحُ عنِ الإنْكارِ . فعلى المذهبِ ، يَثْبُتُ فيه ما قالَ المُصَنِّفُ ، وعليه الأصحابُ . لكِنْ قال فى « الإرْشادِ » : يصِحُّ هذا الصُّلْحُ بنَقْدٍ ونَسِيئَةٍ . لأنَّ المُدَّعِىَ مُلْجَأٌ إلى التَّأْخيرِ بتأْخيرِ خَصْمِه . قال فى « التَّلْخيصِ » ، و « التَّرْغيبِ » : وظاهِرُ ما ذكَرَه ابنُ أبِى مُوسى ، أنَّ أحْكامَ البَيْعِ والصَّرْفِ لا تَثْبُتُ فى هذا الصُّلْحِ ، إلَّا فيما يَخْتَصُّ بالبَيْعِ ؛ مِن شُفْعَةٍ عليه ، وأخْذِ زِيادَةٍ ، مع اتِّحادِ جِنْسِ المُصالَحِ عنه والمُصالَحِ به ؛ لأنَّه قد أمْكَنَه أخْذُ حقِّه بدُونِها ، وإنْ تأَخَّرَ . واقْتَصرَ صاحِبُ « المُحَرَّرِ » على قوْلِ أحمدَ : إذا صالَحَه على بعضِ حقِّه بتأْخيرٍ ، جازَ . وعلى قولِ ابنِ أبِى مُوسى : الصُّلْحُ جائزٌ بالنَّقْدِ والنَّسيئَةِ . ومَعْناه ذكَرَه أبو بَكْرٍ ؛ فإنَّه قال : الصُّلْحُ بالنَّسِيئَةِ . ثم ذكَر رِوايَةَ مُهَنَّا ، يَسْتَقيمُ أنْ يكونَ صُلْحًا بتأْخيرٍ ، فإذا أخَذَه منه ، لم يُطالِبْه بالبَقِيَّةِ . انتهى . قلتُ : ممَّن قطَع بصِحَّةِ صُلْحِ الإنْكارِ بنَقْدٍ ونَسِيئَةٍ ؛ ابنُ حَمْدانَ ، فى « الرِّعايَةِ » ،

المقنع

وَإِنْ كَانَ شِقْصًا مَشْفُوعًا ، ثَبَتَتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ ، وَيَكُونُ إِبْرَاءً فِى حَقِّ الْآخَرِ ، فَلَا يَرُدُّ مَا صَالَحَ عَنْهُ بِعَيْبٍ ، وَلَا يُؤْخَذُ بِشُفْعَةٍ .

الشرح الكبير

مَجْلِسِ الحاكِمِ ، فإنَّ ذَوِى الأنْفُسِ الشَّرِيفَةِ يَصْعُبُ عليهم ذلك ، ويَرَوْن دَفْعَ ضَرَرِها عنهم مِن أَعْظَمِ المَصالِحِ ، والشَّرْعُ لا يَمْنَعُهم مِن وِقايَةِ أنْفُسِهم وصِيانَتِها ، ودَفْعِ الشَّرِّ عنهم بِبَذْلِ أمْوالِهم ، والمُدَّعِى يَأْخُذُ ذلك عِوَضًا عن حَقِّه الذى يَعْتَقِدُ ثُبُوتَه ، فلا يَمْنَعُه الشَّرْعُ مِن ذلك ، سَواءٌ كان المَأْخُوذُ مِن جِنْسِ حَقِّه [(1)]أو مِن غيرِ جِنْسِه[(1)] ، بقَدْرِ حَقِّه أو دُونَه . فإن أخَذَ مِن جِنْسِ حَقِّه بقَدْرِه فقد اسْتَوْفَى حَقَّه ، وإن أخَذَ دُونَه فقد اسْتَوْفَى وتَرَك بَعْضَه ، وإن أخَذَ مِن غيرِ جِنْسِ حَقِّه فقد أخَذَ عِوَضَه . ولا يجوزُ أن يَأْخُذَ مِن جِنْسِ حَقِّه أكْثَرَ منه ؛ لأنَّ الزّائِدَ لا مُقابِلَ له ، فيكونُ ظالِمًا بأخْذِه . وإن أخَذَ مِن غيرِ جِنْسِه جاز ، ويكونُ بَيْعًا فى حَقِّ المُدَّعِى ؛ لاعْتِقادِه أخْذَه عِوَضًا فيَلْزَمُه حُكْمُ إقْرارِه . فإن وَجَد بما أخَذَه عَيْبًا ، فله رَدُّه وفَسْخُ الصُّلْحِ ، كما لو اشْتَرَى شيئًا فوَجَدَه مَعِيبًا .

١٨٧٨ – مسألة : (وإن كان شِقْصًا مَشْفُوعًا ، ثَبَتَتْ فيه الشُّفْعةُ ، ويكونُ إبْراءً فى حَقِّ الآخَرِ ، فلا يَرُدُّ ما صالَحَ[(2)] عنه بِعَيْبٍ ، ولا يُؤْخَذُ بشُفْعةٍ) إذا كان الذى أخَذَه المُدَّعِى شِقْصًا فى دارٍ أو عَقارٍ ، وَجَبَتْ فيه

الإنصاف

وذَكَرَه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم ، عن ابنِ أبِى مُوسى ، واقْتَصرُوا عليه .

(١ – ١) سقط من : م .

(٢) فى ر ، ق ، م : « صولح » .

المقنع وَمَتَى كَانَ أَحَدُهُمَا عَالِمًا بِكَذِبِ نَفْسِهِ ، فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ فِى حَقِّهِ ، وَمَا أَخَذَهُ حَرَامٌ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير الشُّفْعَةُ ؛ لأنَّه يُقِرُّ أنَّ الذى أخَذَه عِوَضًا ، فهو كما لو اشْتَراه ، ويكونُ إبْراءً فى حَقِّ المُنْكِرِ ؛ لأنَّه دَفَع المالَ افْتِداءً ليَمِينِه ودَفْعًا للضَّرَرِ عنه ، لا[1] عِوَضًا عن حَقٍّ يَعْتَقِدُه ، فيَلْزَمُه أيضًا حُكْمُ إقْرارِه . فإن وَجَد بالمُصالَحِ عنه عَيْبًا ، لم يَرْجِعْ به على المُدَّعِى ؛ لاعْتِقادِه أنَّه ما أخَذَه عِوَضًا . وإن كان شِقْصًا لم تَثْبُتْ فيه الشُّفْعَةُ ؛ لأنَّه يَعْتَقِدُه على مِلْكِه ، لم يَزُلْ ، وما مَلَكَه بالصُّلْحِ . ولو دَفَع المُدَّعَى عليه إلى المُدَّعِى ما ادَّعاه أو بعضَه ، لم يَثْبُتْ فيه حُكْمُ البَيْعِ ، ولا تَثْبُتُ فيه الشُّفْعَةُ ؛ لأنَّ المُدَّعِىَ يَعْتَقِدُ أنَّه اسْتَوْفَى بعضَ حَقِّه ، وأخَذَ عَيْنَ مَالِه ، مُسْتَرْجِعًا لها ممَّن هى عندَه ، فلم يَكُنْ بَيْعًا ، كاسْتِرْجاعِ العَيْنِ المَغْصُوبَةِ .

١٨٧٩ – مسألة : (فإن كان أحَدُهما عالِمًا بكَذِبِ نَفْسِه ، فالصُّلْحُ باطِلٌ فى حَقِّه ، وما أخَذَهُ حَرَامٌ عليه) مَتى عَلِم أحَدُهما كَذِبَ نَفْسِه ، كمَن ادَّعَى شيئًا يَعْلَمُ أنَّه ليس له أو أنْكَرَ حَقًّا يَعْلَمُ أنَّه عليه ، فالصُّلْحُ باطِلٌ فى الباطِنِ ؛ لأنَّ المُدَّعِىَ [٤/٨٨و] إذا كان كاذِبًا ، فما يَأْخُذُه أكْلٌ للمالِ بالباطِلِ ، أخَذَه بشَرِّه وظُلْمِه ، لا عِوَضًا عن حَقٍّ ، فيكونُ حَرامًا عليه ، كمَن خَوَّفَ رجلًا بالقَتْلِ حتى أخَذَ مالَه . وإن كان المُدَّعَى عليه يَعْلَمُ

الإنصاف ....

---

(١) فى الأصل : « لأنه » .

المقنع

وَإِنْ صَالَحَ عَنِ الْمُنْكِرِ أَجْنَبِىٌّ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، صَحَّ ، وَلَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ فِى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

صِدْقَ المُدَّعِى وجَحَدَه لِيَنْتَقِصَ حَقَّه أو يُرْضِيَه عنه بشىءٍ ، فهو هَضْمٌ للحَقِّ ، وأَكْلُ مالٍ بالباطِلِ ، فيكونُ ذلك حَرامًا ، والصُّلْحُ باطِلٌ ، ولا يَحِلُّ له مالُ المُدَّعِى بذلك . هذا حُكْمُ الباطِنِ ، وأمّا الظّاهِرُ لَنا فهو الصِّحَّةُ ؛ لأنّا لا نَعْلَمُ باطِنَ الحالِ ، إنَّما يَنْبَنِى الأمْرُ على الظّاهِرِ ، والظّاهِرُ مِن حالِ المسلمين الصِّحَّةُ . ولو ادَّعَى على رجلٍ وَدِيعَةً ، أو قَرْضًا ، أو تَفْرِيطًا فى وَدِيعَةٍ أو مُضارَبَةٍ ، فأنْكَرَ ، واصْطَلَحا ، صَحَّ ؛ لِما ذَكَرْناه .

١٨٨٠ – مسألة : (فإن صالَحَ عن المُنْكِرِ أجْنَبِىٌّ بغيرِ إذْنِه ، صَحَّ ، ولم يَرْجِعْ عليه فى أصَحِّ الوَجْهَيْن) إذا صالَحَ عن المُنْكِرِ أجْنَبِىٌّ ، صَحَّ ، سَواءٌ اعْتَرَفَ للمُدَّعِى بصِحَّةِ دَعْواه أو لم يَعْتَرِفْ ، وسواءٌ كان بإذْنِه أو

الإنصاف

قوله : وإنْ صالَحَ عنِ المُنْكِرِ أجْنَبِىٌّ بغيرِ إذْنِه ، صَحَّ . إذا صالَحَ عنِ المُنْكِرِ أجْنَبِىٌّ ؛ فتارَةً يكونُ المُدَّعَى به دَيْنًا ، وتارَةً يكونُ عَيْنًا ؛ فإنْ كان المُدَّعَى به دَيْنًا ، صحَّ الصُّلْحُ عندَ الأصحابِ ، وجزَم [1]به الأكْثَرُ ؛ منهم صاحِبُ « الفُروعِ » . وقيل : لايصِحُّ ؛ لأنَّه بَيْعُ دَيْنٍ لغيرِ المَدْيونِ . ذكَرَه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وإنْ كان عَيْنًا[1] ، ولم يَذْكُرْ أنَّ المُنْكِرَ وَكَّلَه ، فظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا ، صِحَّةُ الصُّلْحِ . وهو المذهبُ ، وهو ظاهِرُ كلامِه فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » . وقيل : لايصِحُّ إنْ لم يدَّعِ أنَّه وَكَّلَه . جزَم به

(١ – ١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

بغيرِ إذْنِه . وقال أصْحابُ الشافعىِّ : إنَّما يَصِحُّ إذا اعْتَرَفَ للمُدَّعِى[1] بصِدْقِه . وهذا مَبْنِىٌّ على صُلْحِ المُنْكِرِ ، وقد ذَكَرْناه . ثم لا يَخْلُو الصُّلْحُ أن يكونَ عن دَيْنٍ أو عَيْنٍ ؛ فإن كان عن دَيْنٍ ، صَحَّ ، سَواءٌ كان بإذْنِ المُنْكِرِ ، أو بغيرِ إذْنِه ؛ [2]لأنَّ قَضاءَ الدَّيْنِ عن غيرِه جائزٌ بإذْنِه وبغيرِ إذْنِه[2] فإنَّ عليًّا وأبا قَتادَةَ ، قَضَيا عن المَيِّتِ ، فأجازَه النبىُّ ﷺ[3] . وإن كان الصُّلْحُ عن عَيْنٍ بإذْنِ المُنْكِرِ ، فهو كالصُّلْحِ منه ؛ لأنَّ الوَكِيلَ يَقُومُ مَقامَ المُوَكِّلِ . وإن كان بغيرِ إذْنِه ، فهو افْتِداءٌ للمُنْكِرِ مِن الخُصُومَةِ ، وإبْراءٌ له مِن الدَّعْوَى ، وذلك جائزٌ . وفى المَوْضِعَيْن ، إذا صالَحَ عنه بغيرِ إذْنِه ، لم يَرْجِعْ عليه بشىءٍ ؛ لأنَّه أدَّى عنه ما لا يَلْزَمُه أداؤُه . وخَرَّجَه القاضى وأبو الخَطابِ على الرِّوَايَتَيْن ، فيما إذا قَضَى دَيْنَه الثّابتَ بغيرِ إذْنِه . وهذا التَّخْرِيجُ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ هذا لم يَثْبُتْ وجُوبُه على المُنْكِرِ ، ولا يَلْزَمُه أداؤُه إلى المُدَّعِى ، فكيف يَلْزَمُه أداؤُه إلى غيرِه ؟ ولأنَّه أدَّى عنه ما لا يَجِبُ عليه ، فكان مُتَبَرِّعًا ، كما لو تَصَدَّقَ عنه . ومَن قال برُجُوعِه ، فإنَّه يَجْعَلُه

الإنصاف

فى « المُحَرَّرِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، وهو ظاهِرُ ما جزَم به ابنُ رَزِينٍ فى « نِهايَتِه » . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » .

قوله : ولم يَرْجِعْ عليه ، فى أصَحِّ الوَجْهَين . قال فى « الخُلاصَةِ » : لا يصِحُّ فى الأصَحِّ . وصحَّحه ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » :

---

(١) فى الأصل ، ر١ ، م : « المدعى » .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) تقدم تخريج قصتهما فى صفحة ٩ .

المقنع

وَإِنْ صَالَحَ الْأَجْنَبِىُّ لِنَفْسِهِ ؛ لِتَكُونَ الْمُطَالَبَةُ لَهُ ، غَيْرَ مُعْتَرِفٍ

الشرح الكبير

كالمُدَّعِى فى الدَّعْوَى على المُنْكِرِ ، أمَّا أنَّه يَجِبُ له الرُّجُوعُ بما أدّاه[1] حَتْمًا ، فلا وَجْهَ له أصْلًا ؛ لأنَّ أكْثَرَ ما يَجِبُ لمَن قَضَى دَيْنَ غيرِه أن يَقُومَ مَقامَ صاحِبِ الدَّيْنِ ، وصاحِبُ الدَّيْنِ هٰهُنا لم يَجِبْ له حَقٌّ ، ولا لَزِمَ الأداءُ إليه ، و لم يَثْبُتْ له أكْثَرُ مِن جوازِ الدَّعْوَى ، فكذلك هذا . ويُشْتَرَطُ فى جَوازِ الدَّعْوَى أن يَعْلَمَ صِدْقَ المُدَّعِى ، فأمّا إن لم يَعْلَمْ ، لم يَحِلَّ له دَعْوَى شىءٍ لا يَعْلَمُ ثُبُوتَه .

١٨٨١ – مسألة : (وإن صالَحَ الأجْنَبِىُّ لنَفْسِه ؛ لتكونَ المُطالَبَةُ

الإنصاف

أظْهَرُهما ، لايَرْجِعُ . واخْتارَه فى « الحاوِى الكَبِيرِ » . وهو ظاهِرُ ماجزَم به فى « الحاوِى الصَّغِيرِ » ؛ فإنَّه [٢/١٢٩ظ] قال : ورجَع إنْ كان أذِنَ . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الفائقِ » ، و « الشَّرْحِ » . والوَجْهُ الثَّانِى ، يرْجِعُ إنْ نوَى الرُّجوعَ ، وإلَّا فلا . قال المُصَنِّفُ ، ومَن تَبِعَه : وخرَّجه القاضى[2] ، وأبو الخَطَّابِ على الرِّوايتَيْن ، فيما[2] إذا قضَى دَيْنَه الثَّابِتَ بغيرِ إذْنِه . قال المُصَنِّفُ : وهذا التَّخْرِيجُ لايَصِحُّ . وفرَّق بينَهما . قال فى « الفائقِ » : والتَّخْرِيجُ باطِلٌ . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » ، و « الفُروعِ » .

قوله : وإنْ صالَحَ الأجْنَبِىُّ لنَفْسِه ؛ لتَكُونَ المُطالَبَةُ له ، غيرَ مُعْتَرِفٍ بصِحَّةِ

(١) فى م : « ادعاه » .
(٢) سقط من : الأصل ، ط .

المقنع

بِصِحَّةِ الدَّعْوَى ، أَوْ مُعْتَرِفًا بِهَا عَالِمًا بِعَجْزِهِ عَنِ اسْتِنْقَاذِهَا ، لَمْ يَصِحَّ . وَإِنْ ظَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَيْهِ ، صَحَّ . ثُمَّ إِنْ عَجَزَ عَنْ ذَلِكَ ، فَهُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ فَسْخِ الصُّلْحِ وَإِمْضَائِهِ .

الشرح الكبير

له ، غيرَ مُعْتَرِفٍ بِصِحَّةِ [٤/٨٨ظ] الدَّعْوَى ، أو مُعْتَرِفًا بها عالِمًا بعَجْزِه عن اسْتِنْقاذِها ، لم يَصِحَّ . وإن ظَنَّ القُدْرَةَ عليه ، صَحَّ . فإن عَجَز عنه[1] فهو مُخَيَّرٌ بينَ فَسْخِ الصُّلْحِ وإمْضائِه) إذا صالَحَ الأَجْنَبِيُّ المُدَّعِيَ لنَفْسِه ؛ لتَكُونَ المُطالَبَةُ له ، فلا يَخْلُو إمّا أن يَعْتَرِفَ للمُدَّعِي بصِحَّةِ دَعْواه أو لا ، فإن لم يَعْتَرِفْ له ، فالصُّلْحُ باطِلٌ ؛ لأَنَّه يَشْتَرِي منه ما لم يَثْبُتْ له ، ولم يَتَوَجَّهْ إليه خُصُومَةٌ يَفْتَدِي منها ، أَشْبَهَ ما لو اشْتَرَى منه مِلْكَ غيرِه . وإنِ اعْتَرَفَ له بصِحَّةِ دَعْواه ، وكان المُدَّعَى دَيْنًا ، لم يَصِحَّ ؛ لأَنَّه اشْتَرَى ما لا يَقْدِرُ البائِعُ على تَسْلِيمِه[2] ، ولأَنَّه بَيْعٌ للدَّيْنِ مِن غيرِ مَن هو فى ذِمَّتِه . وقال بعضُ أصحابِنا : يَصِحُّ . وليس بجَيِّدٍ ؛ لأَنَّ بَيْعَ الدَّيْنِ المُقَرِّ به مِن غيرِ مَن هو فى ذِمَّتِه لا يَصِحُّ ، فبَيْعُ دَيْنٍ فى ذِمَّةِ مُنْكِرٍ مَعْجُوزٍ عن قَبْضِه أَوْلَى . وإن كان المُدَّعَى عَيْنًا ، فقال الأَجْنَبِيُّ للمُدَّعِي : أنا أَعْلَمُ أَنَّك

الإنصاف

الدَّعْوَى ، أو مُعْتَرِفًا بها ، عالِمًا بعَجْزِه عن اسْتِنْقاذِها ، لم يَصِحَّ . إذا لم يَعْتَرِفِ الأَجْنَبِيُّ للمُدَّعِي بصِحَّةِ دَعْواه ، فالصُّلْحُ باطِلٌ ، بلا نِزاعٍ أَعْلَمُه . وإنِ اعْتَرَفَ له بصِحَّةِ الدَّعْوَى ، وكان المُدَّعَى به دَيْنًا ، لم يصِحَّ أيضًا . على الصَّحيحِ مِنَ

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل : « تسلمه » .

الشرح الكبير

صادِقٌ ، فصَالِحْنِى عنها ، فإنِّى قادِرٌ على اسْتِنْقاذِها مِن المُنْكِرِ . فقال أصْحابُنا : يَصِحُّ الصُّلْحُ . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه اشْتَرَى منه مِلْكَه الذى يَقْدِرُ على قَبْضِه ، ثم إن قَدَر على أخْذِه ، اسْتَقَرَّ الصُّلْحُ ، وإن عَجَز ، كان له الفَسْخُ ؛ لأنَّه لم يُسَلِّمْ له المَعْقُودَ عليه ، فكان له الرُّجُوعُ إلى بَدَلِه . ويَحْتَمِلُ أنَّه إن تَبَيَّنَ أنَّه لا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِه ، تَبَيَّنَ أنَّ الصُّلْحَ كان فاسِدًا ؛ لأنَّ الشَّرْطَ الذى هو القُدْرَةُ على قَبْضِه مَعْدُومٌ حالَ العَقْدِ ، فكان فاسِدًا ، كما لو اشْتَرَى عَبْدَه ، فتَبَيَّنَ أنَّه آبِقٌ ، أو مَيِّتٌ . ولو اعْتَرَفَ له بصِحَّةِ دَعْواه ، ولا يُمْكِنُه اسْتِنْقاذُه ، لم يَصِحَّ الصُّلْحُ ؛ لأنَّه اشْتَرَى ما لا يُمْكِنُه قَبْضُه ، فأشْبَهَ شِراءَ العَبْدِ الآبِقِ . فإنِ اشْتَراه وهو يَظُنُّ أنَّه عاجِزٌ عن قَبْضِه ، فتَبَيَّنَ أنَّ قَبْضَه مُمْكِنٌ ، صَحَّ البَيْعُ ؛ لأنَّ البَيْعَ تَناوَلَ ما يُمْكِنُ قَبْضُه ، فصَحَّ ، كما لو عَلِما ذلك . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ ؛ لأنَّه ظَنَّ عَدَمَ الشَّرْطِ ، فأشْبَهَ ما لو باعَ عَبْدًا يَظُنُّ أنَّه حُرٌّ ، أو أنَّه عَبْدُ غيرِه ، فتَبَيَّنَ أنَّه عَبْدُه . ويَحْتَمِلُ أن يُفَرَّقَ بينَ مَن يَعْلَمُ أنَّ البَيْعَ يَفْسُدُ بالعَجْزِ عن تَسْلِيمِ المَبِيعِ وبينَ من لا يَعْلَمُ ذلك ؛ لأنَّ مَن يَعْلَمُ ذلك يَعْتَقِدُ فَسادَ البَيْعِ والشِّراءِ ، فكان بَيْعُه فاسِدًا ، لكَوْنِه مُتَلاعِبًا بقَوْلِه مُعْتَقِدًا فَسادَه ، ومَن لا يَعْلَمُ يَعْتَقِدُه صَحِيحًا ، وقد تَبَيَّنَ اجْتِماعُ شُرُوطِه ، فصَحَّ ، كما لو عَلِمَه مَقْدُورًا على تَسْلِيمِه .

الإنصاف

المذهبِ ، ومِنَ الأصحابِ مَن قال : يصِحُّ . قال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » : وليس بجَيِّدٍ . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : وليس بشىءٍ . وإنْ كان المُدَّعَى به عَيْنًا ، فقال الأجْنَبِىُّ للمُدَّعِى : أنا أعْلَمُ أنَّك صادِقٌ ، فصالِحْنِى عنها ، فإنِّى قادِرٌ على اسْتِنْقاذِها مِنَ المُنْكِرِ . صحَّ الصُّلْحُ . قالَه الأصحابُ . فإنْ عجَز عن انْتِزاعِه ،

الشرح الكبير

فصل : فإن قال الأجْنَبِىُّ للمُدَّعِى : أنا وَكِيلُ المُدَّعَى عليه فى مُصالَحَتِك عن هذه العَيْنِ ، وهو مُقِرٌّ لك بها ، وإنَّما يَجْحَدُها فى الظَّاهِرِ . فظاهِرُ كَلامِ الخِرَقِىِّ أنَّ الصُّلْحَ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه يَجْحَدُها فى الظَّاهِرِ لِيَنْتَقِصَ المُدَّعِىَ بعضَ حَقِّه ، أو يَشْتَرِيَه بأقَلَّ مِن ثَمَنِه ، فهو هاضِمٌ للحَقِّ ، مُتَوَصِّلٌ إلى أخْذِ المُصالَحِ عنه بالظُّلْمِ والعُدْوانِ ، فهو بمَنْزِلَةِ ما لو[1] شَافَهَه بذلك، فقال: أنا أعْلَمُ صِحَّةَ دَعْواك، وأنَّ هذا لك، لكنْ لا أُسَلِّمُه [٤/٨٩و] إليك ، ولا أُقِرُّ لك به عندَ الحاكِمِ حتى تُصالِحَنِى منه على بعضِه ، أو عِوَضٍ عنه . وقال القاضى : يَصِحُّ . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ . قالوا : ثم يُنْظَرُ إلى المُدَّعَى عليه ، فإن صَدَّقَه على ذلك ، مَلَكَ العَيْنَ ، ورَجَع الأجْنَبِىُّ عليه بما أدَّى عنه ، إن كان أذِنَ فى الدَّفْعِ ، وإن أنْكَرَ الإذْنَ فى الدَّفْعِ ، فالقَوْلُ قَوْلُه مع يَمِينِه ، ويكونُ حُكْمُه حُكْمَ مَن قَضَى دَيْنَه بغيرِ إذْنِه . وإن أنْكَرَ الوَكالةَ ، فالقَوْلُ قَوْلُه مع يَمِينِه ، وليس للأجْنَبِىِّ الرُّجُوعُ عليه ، ولا يُحْكَمُ له بمِلْكِها فى الظَّاهِرِ . فأمّا حُكْمُ مِلْكِها فى الباطِنِ ، فإن كان وَكَّلَ الأجْنَبِىَّ فى الشِّراءِ ، فقد مَلَكَها ؛ لأنَّه اشْتَراها بإذْنِه ، فلا يَقْدَحُ إنْكارُه فى مِلْكِها ؛ لأنَّ مِلْكَه ثَبَت قبلَ إنْكارِه ، وإنَّما هو ظالِمٌ بالإنْكارِ للأجْنَبِىِّ . وإن كان لم يُوَكِّلْه ، لم يَمْلِكْها ؛ لأنَّه اشْتَرَى له عَيْنًا بغيرِ إذْنِه . ويَحْتَمِلُ أن يَقِفَ

الإنصاف

فله الفَسْخُ ، كما قال المُصَنِّفُ هنا . قال فى « المُغْنِى » : ويُحْكَى أنَّه إنْ تبَيَّنَ أنَّه لا يقْدِرُ على تَسْليمِه ، تبَيَّنَ أنَّ الصُّلْحَ كان فاسِدًا . وهذه طَرِيقَةُ المُصَنِّفِ ، والشَّارِحِ ، وغيرِهما ، فى هذه المَسْأَلَةِ . وقال فى « الفُروعِ » : ولو صالَحَ

---

(١) سقط من : الأصل .

المقنع

فَصْلٌ : يَصِحُّ الصُّلْحُ عَنِ الْقِصَاصِ بِدِيَاتٍ وَبِكُلِّ مَا يَثْبُتُ مَهْرًا .

الشرح الكبير

على إجازَتِه ، كما قُلْنا فى مَن اشْتَرَى لغيرِه شيئًا بغيرِ إذْنِه بثَمَنٍ فى ذِمَّتِه ، فإن أجازَه مَلَكَه وإلّا لَزِم مَن اشْتَراه . وإن قال الأجْنَبِىُّ لِلْمُدَّعِى : قد عَرَفَ المُدَّعَى عليه صِحَّةَ دَعْواك ، وهو يَسْأَلُك أن تُصالِحَه عنه ، وقد وَكَّلَنِى فى المُصالَحةِ عنه . صَحَّ ، وكان الحُكْمُ كما ذَكَرُوه ؛ لأنَّه هٰهُنا لم يَمْتَنِعْ مِن أدائِه ، بل اعْتَرَفَ به ، وصالَحَ عليه ، مع بَذْلِه له[1] ، فأشْبَهَ ما لو لم يَجْحَدْه .

فصل : قال الشيخُ ، رَحِمَه اللهُ : (يَصِحُّ الصُّلْحُ عن القِصاصِ بدِيَاتٍ وبكلِّ ما يَثْبُتُ مَهْرًا) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ الصُّلْحَ يَجُوزُ عن كلِّ ما يَجُوزُ أخْذُ العِوَضِ عنه ، سواءٌ كان مِمّا يجوزُ بَيْعُه أو لا يجوزُ ، فيَصِحُّ عن دَمِ العَمْدِ ، وسُكْنَى الدّارِ ، وعَيْبِ المَبِيعِ . ومتى صالَحَ عمّا يُوجِبُ القِصاصَ بأكْثَرَ مِن دِيَتِه أو أقَلَّ ، جاز . وقد رُوِىَ أن الحسنَ والحسينَ

الإنصاف

الأجْنَبِىُّ ؛ ليَكُونَ الحقُّ له ، مع تَصْديقِه المُدَّعِىَ ، فهو شِراءُ دَيْنٍ أو مَغْصُوبٍ . تقدَّم بَيانُه . وكذا قال فى « الرِّعايَةِ » ، و « الحاوِى » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وهو الصَّوابُ ، والذى تقدَّم فى آخِرِ بابِ السَّلَمِ ، عندَ قَوْلِه : ويجوزُ بَيْعُ الدَّيْنِ المُسْتَقِرِّ لمَن هو فى ذِمَّتِه .

قوله : ويَصِحُّ الصُّلْحُ عنِ القِصاصِ بدِياتٍ ، وبكُلِّ ما يُثْبِتُ مَهْرًا . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ،

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

وسعيدَ بنَ العاصِ[1] بَذَلوا للذى وَجَب له القِصاصُ على هُدْبَةَ بنِ خَشْرَمٍ[2] سَبْعَ دِيَاتٍ ، فأبَى أن يَقْبَلَها . ولأنَّ المالَ غيرُ مُتَعَيَّنٍ ، فلا يَقَعُ العِوَضُ فى مُقابَلَتِه . فإن صالَحَ عن القِصاصِ بعَبْدٍ فخَرَجَ مُسْتَحَقًّا ، رَجَع بقِيمَتِه فى قولِ الجَمِيعِ . وإن خَرَج حُرًّا فكذلك . وبه قال أبو يُوسُفَ ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ : يَرْجِعُ بالدِّيَةِ ؛ لأنَّ الصُّلْحَ فاسِدٌ . فيَرْجِعُ ببَذْلِ ما صالَحَ عنه ، وهو الدِّيَةُ . ولَنا ، أنَّه تعَذَّرَ تَسْلِيمُ ما جَعَلَه عِوَضًا ، فرَجَعَ فى قِيمَتِه ، كما لو خَرَج مُسْتَحَقًّا . فإن صالَحَه عن القِصاصِ بحُرٍّ يَعْلَمان حُرِّيَّتَه ، أو عَبْدٍ يَعْلَمان أنَّه مُسْتَحَقٌّ ، أو تصالَحَا بذلك عن غيرِ القِصاصِ ، رَجَع بالدِّيَةِ وبما صالَحَ عنه ؛ لأنَّ الصُّلْحَ باطِلٌ يَعْلَمان بُطْلانَه ، فكان وُجُودُه كعَدَمِه .

الإنصاف

و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : لا يصِحُّ بمُبْهَمٍ مِن أعْيانٍ مُخْتَلِفَةٍ . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : ويَحْتَمِلُ مَنْعُ صِحَّةِ الصُّلْحِ بأكثرَ منها . قال أبو الخَطَّابِ ، فى « الانْتِصارِ » : لا يصِحُّ الصُّلْحُ ؛ لأنَّ الدِّيَةَ تجِبُ بالعَفْوِ والمُصالَحَةِ ، فلا يجوزُ أخْذُ أكثرَ مِنَ الواجِبِ مِنَ الجِنْسِ . وقال فى « التَّرْغِيبِ » ، و « التَّلْخيصِ » : يصِحُّ بما يَزِيدُ على قَدرِ الدِّيَةِ ، إذا قُلْنا : يجِبُ القَوَدُ عَيْنًا . أو

---

(١) سعيد بن العاص بن سعيد بن العاص بن أمية القرشي الأموى ، أبو عثمان ، كان له يوم مات النبى ﷺ تسع سنين ، قتل أبوه يوم بدر ، من فصحاء قريش ، كان ممن ندبه عثمان لكتابة القرآن ، ولى الكوفة ، وولى المدينة لمعاوية ، مات فى قصره بالعقيق سنة ثلاث وخمسين . الإصابة ٣/١٠٧ - ١٠٩ .

(٢) هدبة بن خشرم بن كرز ، من بادية الحجاز ، شاعر فصيح مرتجل ، وكان راوية الحطيئة ، قتل رجلا من بنى رقاش ، فى خبر طويل ، قتل نحو سنة خمسين للهجرة . انظر الأعلام ٩ / ٦٩ ، ٧٠ .

الشرح الكبير

فصل : ولو صالَحَ عن[1] دارٍ أو عَبْدٍ [٨٩/٤ظ] بِعِوَضٍ ، فخَرَجَ العِوَضُ مُسْتَحَقًّا أو حُرًّا ، رَجَع فى الدّارِ وما صالَحَ عنه ، وبقِيمَتِه إن كان تالِفًا[2] ؛ لأنَّ الصُّلْحَ هٰهُنا بَيْعٌ فى الحَقِيقَةِ ، فإذا تَبَيَّنَ أنَّ العِوَضَ كان مُسْتَحَقًّا أو حُرًّا ، كان البَيْعُ فاسِدًا ، فرَجَعَ فيما كان له ، بخِلَافِ الصُّلْحِ عن القِصاصِ ، فإنَّه ليس ببَيْعٍ ، وإنَّما يَأْخُذُ عِوَضًا عن إسْقاطِ القِصاصِ . ولو اشْتَرَى شيئًا فوَجَدَه مَعِيبًا فصالَحَه عن عَيْبِه بعَبْدٍ ، فبان مُسْتَحَقًّا أو حُرًّا ، رَجَع بأَرْشِ العَيْبِ .

الإنصاف

اخْتارَه الوَلِىُّ ، على القولِ بوُجوبِ أحَدِ[3] شَيْئَين . وقيل : الاخْتِيارُ يصِحُّ على غيرِ جِنْسِ الدِّيَةِ ، ولا يصِحُّ على جِنْسِها إلَّا بعدَ تَعْيِينِ الجِنْسِ ؛ مِن إبِلٍ أو غَنَمٍ ؛ حذَرًا مِن رِبا النَّسِيئَةِ ، ورِبا الفَضْلِ . انتهى . وتابَعَه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الفائقِ » ، وجماعَةٌ . ويأْتِى التَّنْبِيهُ على ذلك فى أوائلِ بابِ العَفْوِ عن القِصاصِ ، وتقدَّم الصُّلْحُ عن دِيَةِ الخَطَأْ ، أنَّه لا يصِحُّ بأكثرَ منها مِن جِنْسِها .

فوائد ؛ الأُولَى ، قال فى « الفُروعِ » : وظاهِرُ كلامِهم ، يصِحُّ حالًّا ومُؤَجَّلًا . وذكَرَه صاحِبُ « المُحَرَّرِ » . قلتُ : قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : ويصِحُّ الصُّلْحُ عنِ القَوَدِ بما يُثْبِتُ مَهْرًا ، ويكونُ حالًّا فى مالِ القاتِلِ . الثَّانيةُ ، لو صالَحَ عنِ القِصاصِ بعَبْدٍ أو غيرِه ، فخرَج مُسْتَحَقًّا أو حُرًّا ، رجَع بقِيمَتِه ،

---

(١) فى ر : « على » .

(٢) فى ر ، م : « بالغا » .

(٣) فى ط : « أخذ ».

المقنع

وَلَوْ صَالَحَ سَارِقًا لِيُطْلِقَهُ ، أَوْ شَاهِدًا لِيَكْتُمَ شَهَادَتَهُ ، أَوْ شَفِيعًا عَنْ شُفْعَتِهِ ، أَوْ مَقْذُوفًا عَنْ حَدِّهِ ، لَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ ، وَتَسْقُطُ الشُّفْعَةُ . وَفِي الْحَدِّ وَجْهَانِ .

الشرح الكبير

١٨٨٢ – مسألة : (ولو صالَحَ سارِقًا لِيُطْلِقَه[1] ، أو شاهِدًا لِيَكْتُمَ شَهادَتَه ، أو شَفِيعًا عن شُفْعَتِه ، أو مَقْذُوفًا عن حَدِّه ، لم يَصِحَّ الصُّلْحُ ، وتَسْقُطُ الشُّفْعَةُ . وفى الحَدِّ وَجْهان) إذا صالَحَ السّارِقَ والزّانِيَ والشّارِبَ على أن لا يَرْفَعه إلى السُّلْطانِ ، لم يَصِحَّ الصُّلْحُ ، ولا يَجُوزُ أخْذُ العِوَضِ عنه ؛ لأنَّ ذلك ليس بحَقٍّ له[2] ، فلم يَجُزْ له[3] أخْذُ العِوَضِ عنه ،

الإنصاف

ولو عَلِما كوْنَه مُسْتَحَقًّا أو حُرًّا ، أو كان مَجْهولًا ، كدارٍ وشَجَرَةٍ ، بطَلَتِ التَّسْمِيَةُ ، ووَجَبَتِ الدِّيَةُ ، أو أرْشُ الجَرْحِ . وإنْ صالَحَ على حَيوانٍ مُطْلَقٍ ، مِن آدَمِيٍّ وغيرِه ، صحَّ ووجَب الوَسَطُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وخُرِّجَ بُطْلانُه .

الثَّالثةُ ، لو صالَحَ عن دارٍ ونحوِها بعِوَضٍ ، فبانَ العِوَضُ مُسْتَحَقًّا ، رجَع بالدَّارِ ونحوِها ، أو بقِيمَتِه إنْ كان تالِفًا ؛ لأنَّ الصُّلْحَ هنا بَيْعٌ حَقِيقَةً ، [4]إذا كان الصُّلْحُ عن إقْرارٍ . وإنْ كان عن إنْكارٍ ، رجَع بالدَّعْوَى[4] . قال فى « الرِّعايَةِ » : قلتُ : أو قِيمَتِه مع الإنْكارِ . وحَكاه فى « الفُروعِ » قوْلًا ؛ لأنَّه فيه بَيْعٌ .

قوله : وإنْ صالَحَ سارِقًا – وكذا شارِبًا – لِيُطْلِقَه ، أو شاهِدًا لِيَكْتُمَ شَهادَتَه – أو لئَلَّا يَشْهَدَ عليه ، أو لِيَشْهَدَ بالزُّورِ – أو شَفِيعًا عن شُفْعَتِه ، أو مَقْذُوفًا عن حدِّه ، لم يصِحَّ الصُّلْحُ . بلا نِزاعٍ . وكذا لو صالَحَه بعِوَضٍ عن خِيارٍ .

---

(١) فى م : « ليطلعه » .

(٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤ – ٤) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

كسائِرِ ما لا حَقَّ له فيه . وإن صالَحَ شاهِدًا ليَكْتُمَ شَهادَتَه ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لا يَخْلُو مِن ثَلاثَةِ أحْوالٍ ؛ أحَدُها ، أن يُصالِحَه على أن لا يَشْهَدَ عليه بحَقٍّ تَلْزَمُ[1] الشَّهادَةُ به ، كدَيْنٍ لآدَمِىٍّ ، أو حَقٍّ للهِ تعالى لا يَسْقُطُ بالشُّبْهَةِ ، كالزكاةِ ونحوِها ، فلا يَجوزُ كِتْمانُه ، ولا يَجُوزُ أخْذُ العِوَضِ عن ذلك ، كما لا يجوزُ أخْذُ العِوَضِ على[2] شُرْبِ الخَمْرِ . الثانِى ، أن يُصَالِحَه على أن لا يَشْهَدَ عليه بالزُّورِ ، فهذا يَجِبُ عليه تَرْكُ ذلك ، ويَحْرُمُ عليه فِعْلُه ، فلم يَجُزْ أخْذُ العِوَضِ عنه ، كما لا يجوزُ أن يُصالِحَه على أن لا يَقْتُلَه ، ولا يَغْصِبَ مالَه . الثالثُ ، أن يُصالِحَه على أن لا يَشْهَدَ عليه

الإنصاف

قوله : وتَسْقُطُ الشُّفْعَةُ . هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحاب . قال فى « الرِّعايتَيْن » : وتَسْقُطُ الشُّفْعَةُ فى الأصحِّ . قال فى « الحاوِيَيْن » : وتَسْقُطُ فى أصحِّ الوَجْهَيْن . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « التَّلْخِيصِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . وقيل : لاتَسْقُطُ . اخْتارَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . قال فى « تَجْرِيدِ العِنايَةِ » : وتَسْقُطُ فى وَجْهٍ . وأطْلَقهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » [٢/١٣٠و] ، و « الفائقِ » . ويأْتِى ذلك أيضًا فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى بابِ الشُّفْعَةِ ، فى الشَّرْطِ الثَّالثِ . وأمَّا سقُوطُ حدِّ القَذْفِ ؛ فأطْلَقَ المُصَنِّفُ فيه وَجْهَيْن . وأطْلَقهما فى « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وهما مَبْنِيَّان عندَ أكثرِ الأصحابِ على أنَّ حدَّ القَذْفِ ،

---

(١) فى الأصل : « لايلزمه » . وفى م : « تلزمه » .
(٢) فى ر ، ق ، م : « عن » .

الشرح الكبير

بما يُوجِبُ حَدَّ الزِّنَى والسَّرِقَةِ ، فلا يَجُوزُ أخْذُ العِوَضِ عنه ؛ (1)لأنَّ ذلك(1) ليس بِحَقٍّ له . وإن صالَحَ عن حَقِّ الشُّفْعَةِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه حَقٌّ شُرِعَ على خِلافِ الأصْلِ لدَفْعِ ضَرَرِ الشَّرِكَةِ ، فإذا رَضِىَ بالْتِزامِ الضَّرَرِ ، سَقَط الحَقُّ مِن غَيْرِ بَدَلٍ ، و لم يَجُزْ أخْذُ(2) العِوَضِ عنه ؛ لأنَّه ليس بمالٍ ، فهو كحَدِّ القَذْفِ . وإن صالَحَه عن حَدِّ القَذْفِ ، لم يَصِحَّ الصُّلْحُ ؛ لأنَّه إن كان(3) للهِ تعالى ، لم يَكُنْ له أن يَأْخُذَ عِوَضَه ، لكَوْنِه ليس بحَقٍّ له ، فأشْبَهَ حَدَّ الزِّنى والسَّرِقَةِ ، وإن كان حَقًّا له ، لم يَجُزْ الاعْتِياضُ عنه ؛ لكَوْنِه حَقًّا ليس بمالٍ ، ولهذا لا يَسْقُطُ إلى بَدَلٍ ، بخِلافِ القِصاصِ ، ولأنَّه شُرِعَ لتَبْرِئَةِ(4) العِرْضِ ، فلا يَجُوزُ أن يَعْتاضَ عن عِرْضِه بمالٍ . وهل يَسْقُطُ بالصُّلْحِ فيه ؟ يَنْبَنِى على الخِلافِ فى كَوْنِ حَدِّ القَذْفِ حَقًّا للهِ تعالى أو لآدَمِىٍّ ؛ فإن كان حَقًّا للهِ تعالى ، لم يَسْقُطْ بصُلْحِ الآدَمِىِّ ولا إسْقاطِه ، كحَدِّ الزِّنى . وإن كان حَقًّا لآدَمِىٍّ ، سَقَط بصُلْحِه وإسْقاطِه ، كالقِصاصِ [٤/٩٠و] .

الإنصاف

هل هو حقٌّ للهِ أو للآدَمِىِّ ؟ وفيه رِوايَتان ، يأْتِيان ، إنْ شاءَ اللهُ ، فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى أوائلِ بابِ القَذْفِ . فإنْ قُلْنا : هو حقٌّ للهِ . لم يسْقُطْ ، وإلَّا سقَط . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه حقٌّ للآدَمِىِّ ، فيَسْقُطُ الحَدُّ هنا . على الصَّحيحِ . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وتَسْقُطُ الشُّفْعَةُ فى الأصحِّ . وكذا الخِلافُ فى سقُوطِ

(1 - 1) فى م : « لأنه » .

(2) سقط من : م .

(3) بعده فى م : « حدًّا » .

(4) فى ق ، م : « لتنزيه » .

المقنع

وَإنْ صَالَحَهُ عَلَى أَنْ يُجْرِىَ عَلَى أَرْضِهِ أَوْ سَطْحِهِ مَاءً مَعْلُومًا ، صَحَّ .

الشرح الكبير

١٨٨٣ – مسألة : (وإن صالَحَه على[1] أن يُجرِىَ على أرْضِه أو سَطْحِه ماءً مَعْلُومًا ، صَحَّ) إذا صالَحَ رجُلًا على مَوْضِعِ قَناةٍ مِن أرْضِه يُجْرِى فيها ماءً ، وبَيَّنا مَوْضِعَها وعَرْضَها وطُولَها ، جاز ؛ لأنَّ ذلك بَيْعٌ لمَوْضِعٍ مِن أرْضِه ، فلا حاجَةَ إلى بَيانِ عُمْقِه ، لأنَّه إذا مَلَكَ المَوْضِعَ كان له إلى تُخُومِه[2] ، فله أن يَتْرُكَ[3] فيه ما شاء . وإن صالَحَه على إجْراءِ الماءِ فى ساقِيَةٍ مِن أرْضِ رَبِّ الأرْضِ ، مع بَقاءِ مِلْكِه عليها ، فهو إجارَةٌ للأرْضِ ، يُشْتَرَطُ له تَقْدِيرُ المُدَّةِ . فإن كانتِ الأرْضُ فى يَدِ رجلٍ بإجارَةٍ ، جاز له أن يُصالِحَ رجلًا على إجْراءِ الماءِ فيها فى ساقِيَةٍ مَحْفُورَةٍ مُدَّةً لا تُجاوِزُ مُدَّةَ الإجارَةِ . وإن لم تكُنِ السّاقِيَةُ مَحْفُورَةً ، لم يَجُزْ أن يُصالِحَه على ذلك ؛ لأنَّه لايَجُوزُ إحْداثُ ساقِيَةٍ فى أرْضٍ فى يَدِه بإجارَةٍ . فإن كانتِ الأرْضُ فى يَدِه وَقْفًا عليه ، فقال القاضى : هو

الإنصاف

حَدٌّ القَذْفِ . وقيل : إنْ جُعِلَ حَقَّ آدَمِىٍّ ، سقَط ، وإلَّا وجَب .

قوله : وإنْ صالَحَه على أنْ يُجْرِىَ على أرْضِه أو سَطْحِه ماءً مَعْلُومًا ، صَحَّ . بلا نِزاعٍ أعْلَمُه ، لكِنْ إذا صالَحَه بعِوَضٍ ؛ فإنْ كان مع بَقاءِ مِلْكِه ، فهى إجارَةٌ ، وإلَّا بَيْعٌ . وإنْ صالَحَه على مَوْضِعِ قَناةٍ مِن أرْضِه يُجْرِى فيها ماءً ، وبيَّنا مَوْضِعَها

---

(١) سقط من : ر ، م .

(٢) التخوم ، بالضم : الفصل بين الأرضين من المعالم والحدود .

(٣) فى ق : « ينزل » .

الشرح الكبير

كالمُسْتَأْجِرِ[1] ، له أن يُصالِحَ على إجْراءِ الماءِ فى ساقِيَةٍ [2]مَحْفُورَةٍ مُدَّةً مَعْلُومَةً ، وليس له أن يَحْفِرَ فيها[3] ساقِيَةً[2] ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُها ، إنَّما يَسْتَوْفِى مَنْفَعَتَها ، كالأرْضِ المُسْتَأْجَرَةِ . وهذا كلُّه مَذْهَبُ الشافعىِّ . قال شيخُنا[4] : والأوْلَى أنَّه يَجُوزُ له حَفْرُ السّاقِيَةِ ؛ لأن الأرْضَ له ، وله التَّصَرُّفُ فيها كَيْفَما شاء ، ما لم يَنْقُلِ المِلْكَ فيها إلى غيرِه ، بخِلافِ المُسْتَأْجِرِ ، فإنَّه إنَّما يَتَصَرَّفُ فيها بما أُذِن له فيه ، فكان المَوْقُوفُ عليه بمَنْزِلَةِ المُسْتَأْجِرِ إذا أُذِن له فى الحَفْرِ . فإن مات المَوْقُوفُ عليه فى أثْناءِ المُدَّةِ ، فهل لِمَن انْتَقَلَ إليه فَسْخُ الصُّلْحِ فيما بَقِىَ مِن المُدَّةِ ؟ على وَجْهَيْنِ ، بناءً على ما إذا آجَرَه مُدَّةً ، فمات فى أثْنائِها[5] . فإن قُلْنا : له فَسْخُ الصُّلْحِ . ففَسَخَه ، رَجَع المُصالِحُ على وَرَثَةِ الذى صالَحَه بقِسْطِ ما بَقِىَ مِن المُدَّةِ . وإن قُلْنا : ليس له الفَسْخُ . رَجَع مَن انْتَقَلَ إليه الوَقْفُ على الوَرَثَةِ .

الإنصاف

وعَرْضَها وطُولَها ، جازَ ، ولا حاجَةَ إلى بَيانِ عُمْقِه[6] ، ويُعْلَمُ قَدْرُ الماءِ بتَقْدِيرِ السَّاقِيَةِ ، وماءِ مطَرٍ ، برُؤْيَةِ مايَزُولُ عنه الماءُ ومِساحَتِه ، ويُعْتَبرُ فيه تقْدِيرُ ما يَجْرِى فيه الماءُ ، لاقَدْرُ المُدَّةِ للحاجَةِ كالنِّكاحِ .

---

(١) بعده فى م : « يجوز » .
(٢ - ٢) سقط من : م .
(٣) سقط من : الأصل .
(٤) فى : المغنى ٧/ ٢٦ .
(٥) فى م : « أثناء المدة » .
(٦) بياض فى : الأصل ، ط .

الشرح الكبير

فصل : فإن صالَحَ رجلًا على إجْراءِ ماءِ سَطْحِه مِن المَطَرِ على سَطْحِه ، (١)أو فى أرْضِه عن سَطْحِه(١) ، أو فى أرْضِه عن أرْضِه ، جاز ، إذا كان ما يَجْرِى ماؤُه مَعْلُومًا ؛ إمّا بالمُشاهَدَةِ ، وإمّا بمَعْرِفَةِ المساحَةِ ؛ لأنَّ الماءَ يَخْتَلِفُ بصِغَرِ السَّطْحِ وكِبَرِه ، ولا يُمْكِنُ ضَبْطُه بغيرِ ذلك . ويُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ المَوْضِعِ الذى يَجْرِى منه الماءُ إلى السَّطْحِ ؛ لأنَّ ذلك يَخْتَلِفُ . ولا يَفْتَقِرُ إلى ذِكْرِ مُدَّةٍ ؛ لأنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إلى ذلك ، ويَجُوزُ العَقْدُ على المَنْفَعَةِ فى مَوْضِعِ الحاجَةِ غيرَ مُقَدَّرٍ بمُدَّةٍ ، كما فى النِّكاحِ . ولا يَمْلِكُ صاحِبُ الماءِ مَجْراه ؛ لأنَّ هذا لا يَسْتَوْفِى به مَنافِعَ المَجْرَى دائِمًا ، ولا فى أكْثَرِ المُدَّةِ ، بخِلافِ السّاقِيَةِ . ويَخْتَلِفانِ أيضًا فى أنَّ الماءَ الذى فى [٩٠/٤ظ] السّاقِيَةِ لا يَحْتاجُ إلى ما يُقَدَّرُ به ؛ لأنَّ تَقْدِيرَ ذلك حَصَل بتَقْدِيرِ

الإنصاف

فوائد ؛ الأُولَى ، إذا أرادَ أنْ يُجْرِىَ ماءً فى أرْضِ غيرِه مِن غيرِ ضَرَرٍ عليه ، ولا على أرْضِه ، لم يَجُزْ له ذلك إلَّا بإذْنِ رَبِّها ، إنْ لم تكُنْ حاجَةٌ ولا ضَرُورَةٌ ، بلا نِزاعٍ ، وإنْ كان مَضْرُورًا إلى ذلك ، لم يَجُزْ أيضًا إلَّا بإذْنِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال المُصَنِّفُ ، وصاحِبُ « الحاوِى الكَبِيرِ » ، والشّارِحُ : هذا أقْيَسُ وأوْلَى . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وعنه ، يجوزُ ، ولو مع حَفْرٍ . اخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ وصاحِبُ « الفائقِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » . فعلى الرِّوايَةِ الثّانيةِ ، لا يجوزُ فِعْلُ ذلك إلَّا للضَّرُورَةِ . وهو ظاهِرُ ماقطَع به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » . وجزَم به فى

(١ - ١) سقط من : م .

الشرح الكبير

السّاقِيَةِ ، فإنَّه لا يَمْلِكُ أن يُجْرِىَ فيها أكْثَرَ مِن مائِها[1] ، والماءُ الذى على السَّطْحِ يَفْتَقِرُ إلى مَعْرِفَةِ قَدْرِ السَّطْحِ ؛ لأنَّه يَجْرِى منه القَلِيلُ والكَثِيرُ . فإن كان السَّطْحُ الذى يَجْرِى عليه الماءُ مُسْتَأْجَرًا ، أو عارِيَّةً ، لم يَجُزْ أن يُصالِحَ على إجْراءِ الماءِ عليه ؛ لأنَّه يَتَضَرَّرُ بذلك ، و لم يُؤْذَنْ له فيه ، فلم يَكُنْ له أن يَتَصَرَّفَ به ، بخِلافِ الماءِ فى السّاقِيَةِ المَحْفُورَةِ ، فإنَّ الأرْضَ لا تَتَضَرَّرُ به . وإن كان ماءُ السَّطْحِ يَجْرِى على أرْضٍ ، احْتَمَلَ أن لا يَجُوزَ له الصُّلْحُ على ذلك ؛ لأنَّه إنِ احْتاجَ إلى حَفْرٍ ، لم يَجُزْ له[2] أن يَحْفِرَ فى أرْضِ غيرِه ، ولأنَّه يَجْعَلُ لغيرِ صاحِبِ الأرْضِ رَسْمًا ، فرُبَّما ادَّعَى اسْتِحْقاقَ ذلك على صاحِبِها . واحْتَمَلَ الجَوازَ إذا لم يَحْتَجْ إلى حَفْرٍ ، و لم يَكُنْ فيه مَضَرَّةٌ ؛ لأنَّه بمَنْزِلةِ إجْراءِ الماءِ فى ساقِيَةٍ مَحْفُورَةٍ . ولا يَجُوزُ إلَّا مُدَّةً لا تَزِيدُ على مُدَّةِ الإجارَةِ ، كما قُلْنا فى إجْراءِ الماءِ فى السّاقِيَةِ . واللهُ أعلمُ .

الإنصاف

« الفائقِ » . وقيل : يجوزُ للحاجَةِ . وصاحِبُ « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ[3] » ، إنَّما حَكَوا الرِّوايتَين فى الحاجَةِ . وأطْلَقَ القَوْلَين فى « الفُروعِ » ، وأطْلَقَهما ابنُ عَقِيلٍ فى حَفْرِ بِئْرٍ ، أو إجْراءِ نَهْرٍ أو قَناةٍ . نقَل أبو الصَّقْرِ ، إذا أساحَ عَيْنًا تحتَ أرْضٍ ، فانْتَهَى حَفْرُه إلى أرْضٍ لرَجُلٍ أو دارٍ ، فليس له مَنْعُه مِن ظَهْرِ الأرْضِ ولا بَطْنِها ، إذا لم يَكُنْ عليه مَضَرَّةٌ . الثَّانيةُ ، لو كانتِ الأرْضُ فى يَدِه بإجارَةٍ ، جازَ للمُسْتَأْجِرِ أنْ يُصالِحَ على إجْراءِ الماءِ فيها فى ساقِيَةٍ مَحْفُورَةٍ ، مُدَّةً[3]

---

(١) فى م : « مثلها » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

فصل : وإذا أراد أن يُجْرِىَ ماءً فى أرْضِ غيرِه لغيرِ ضَرُورَةٍ ، لم يَجُزْ إلَّا بإذْنِه ، وإن كان لضَرُورَةٍ ، مثلَ أن يكونَ له أرْضٌ للزِّراعةِ ، لها ماءٌ لا طَرِيقَ له إلَّا أرْضُ جارِه ، فهل له ذلك ؟ على رِوايَتَيْن ؛ إحْداهما ، لا يَجُوزُ ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ فى أرْضِ غيرِه بغيرِ إذْنِه فلم يَجُزْ ، كما لو لم تَدْعُ إليه ضَرُورةٌ ، ولأنَّ مثلَ هذه الحاجَةِ لا تُبِيحُ مالَ غيرِه ، بدَلِيلِ أنَّه لا يُباحُ له الزَّرْعُ فى أرْضِ غيرِه ، ولا البناءُ فيها ، ولا الانْتِفاعُ بشىءٍ مِن مَنافِعِها المُحَرَّمَةِ عليه بمثلِ هذه[1] الحاجَةِ . والأُخرى ، يَجُوزُ ؛ لِما رُوِىَ أنَّ الضَّحاكَ بنَ خَلِيفَةَ ساق خليجًا مِن العُرَيْضِ[2] ، فأراد أن يَمُرَّ به فى أرْضِ محمدِ بنِ مَسْلَمَةَ ، فأَبَى ، فقال له الضَّحّاكُ : لِمَ تَمْنَعُنِى وهو مَنْفَعَةٌ لك ، تَشْرَبُه أوَّلًا وآخِرًا ، ولا يَضُرُّك ؟ فأَبَى محمدٌ ، فكَلَّمَ فيه الضَّحّاكُ عُمَرَ ، فدَعا عُمَرُ محمدَ بنَ مَسْلَمَةَ وأمَرَه أن يُخَلِّىَ سَبِيلَه ، فقال محمدٌ : لا واللهِ . فقال له[3] عُمَرُ : لِمَ تَمْنَعُ أخاك ما يَنْفَعُه وهو لك نافِعٌ ، تَشْرَبُه

الإنصاف

لا تُجاوِزُ مُدَّةَ الإجارَةِ . وإنْ لم تَكُنِ السَّاقِيَةُ مَحْفُورَةً ، لم تَجُزِ المُصالَحَةُ على ذلك . وكذا[4] حُكْمُ المُسْتَعِيرِ . ولا يصِحُّ منهما[5] الصُّلْحُ على إجْراءِ ماءِ المَطَرِ على سَطْحٍ . وفيه على أرْضٍ ، بلا ضَرَرٍ ، احْتِمالان . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » و « الحاوِى الكَبِيرِ » . قلتُ : الصَّوابُ عدَمُ

---

(١) سقط من : م .

(٢) العريض : وادى بالمدينة . معجم البلدان ٣/٦٦١ .

(٣) سقط من : ر ، م .

(٤) فى الأصل ، ط : « وأما » .

(٥) فى الأصل ، ط : « فيها » .

الشرح الكبير

أوَّلًا وآخِرًا ؟ فقال محمدٌ : لا واللهِ . فقال عُمَرُ : واللهِ لَيَمُرَّنَّ به ولو على بَطْنِك . فأمَرَه عُمَرُ أن يَمُرَّ به ، ففعَلَ . رَواهُ مالِكٌ فى « مُوَطَّأه »[1] ، وسعيدٌ فى « سُنَنِه » . والأوَّلُ أقْيَسُ ، وقولُ عُمَرَ يُخالِفُه قولُ محمدِ بنِ مَسْلَمَةَ ، وهو مُوافِقٌ للأُصُولِ ، فكان أوْلَى .

الإنصاف

الجَوازِ . ثم رأَيْتُ ابنَ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » قدَّمه . وإنْ كانتِ الأرْضُ التى فى يَدِه وَقْفًا ، فقال القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ : هو كالمُسْتَأْجِرِ[2] . وجزَم به فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وهو ظاهِرُ ما قدَّمه فى « الفُروعِ » ، وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . وقال المُصَنِّفُ : يجوزُ له حَفْرُ السَّاقِيَةِ[3] ؛ لأنَّ الأرْضَ له ، وله التَّصرُّفُ فيها كيف شاءَ ، ما لم يَنْقُلِ المِلْكَ فيها إلى غيرِه ، بخِلافِ المُسْتَأْجِرِ . قال فى « الفُروعِ » : فدَلَّ أنَّ البابَ ، والخَوْخَةَ ، والكُوَّةَ ، ونحوَ ذلك ، لا يجوزُ فِعْلُه[4] فى دارٍ مُؤْجَرَةٍ ، وفى مَوْقُوفَةٍ الخِلافُ ، (5)أو يجوزُ(5) قوْلًا واحدًا . وهو أوْلَى ؛ لأنَّ تَعْلِيلَ الشَّيْخِ - يعْنِى به المُصَنِّفَ - لو لم يَكُنْ مُسلَّمًا[6] لم يُفِدْ ، وظاهِرُه لا تُعْتَبرُ المَصْلَحَةُ وإذْنُ الحاكِمِ ، بل عدَمُ الضَّرَرِ ، وأنَّ إذْنَه يُعْتَبرُ لدفْعِ الخِلافِ . ويأْتِى كلامُ ابنِ عَقِيلٍ فى الوَقْفِ ، وفيه إذْنُه فيه لمَصْلَحَةِ المأْذُونِ المُمْتازِ[7] بأمْرٍ شَرْعِىٍّ ، فلمَصْلَحَةِ المَوْقوفِ أو المَوْقوفِ عليه أوْلَى . وهو مَعْنَى نَصِّه فى تَجْدِيدِه

---

(1) فى : باب القضاء فى المرفق ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/٧٤٦ .
(2) فى الأصل ، ط : « كالمستأجرة » .
(3) فى الأصل ، ط : « الساحة » .
(4) فى الأصل ، ط : « فعليه » .
(٥ - ٥) فى الأصل ، ط : « ويجوز » .
(6) فى الأصل ، ط : « سلمًا » .
(7) فى الأصل ، ط : « المهار » .

الشرح الكبير

فصل : وإن صالَحَ رجلًا على أن يَسْقِىَ أرْضَه مِن نَهْرِ الرجلِ يَوْمًا أو يَوْمَيْن ، أو مِن عَيْنِه ، وقَدَّرَه بشىءٍ يُعْلَمُ به ، لم يَجُزْ . ذَكَرَه القاضى ؛ لأنَّ الماءَ ليس بمَمْلُوكٍ ، ولا يَجُوزُ بَيْعُه ، فلا يَجُوزُ الصُّلْحُ عليه ، ولأنه مَجْهُولٌ . قال : وإن صالَحَه على سَهْمٍ مِن العَيْنِ أو النَّهْرِ كالثُّلُثِ أو الرُّبْعِ ، جاز ، وكان بَيْعًا للقَرارِ ، والماءُ تابعٌ له . ويَحْتَمِلُ أن يَجُوزَ الصُّلْحُ على السَّقْىِ مِن نَهْرِه ، وقَناتِه ؛ لأنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إلى ذلك ، والماءُ ممَّا يَجُوزُ أخْذُ العِوَضِ عنه فى الجُمْلَةِ ، بدَلِيلِ ما لو أخَذَه [٩١/٤و] فى قِرْبَتِه ، والصُّلْحُ يَجُوزُ على ما لا يجوزُ بَيْعُه ؛ بدَلِيلِ الصُّلْحِ عن دَمِ العَمْدِ ، والصُّلْحِ على المَجْهُولِ .

الإنصاف

لمَصْلَحَةٍ[1] . وذكَرَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ عن أكثرِ الفُقَهاءِ فى تَغْيِيرِ صِفَاتِ الوَقْفِ لمَصْلَحَةٍ كالحاكُورةِ ، وعَمِلَه حُكَّامُ الشَّامِ ، حتى صاحِبُ « الشَّرْحِ » ، فى الجامعِ المُظَفَّرِىِّ . وقد زادَ عمرُ وعثمانُ ، رَضِىَ اللهُ عنهما ، فى مَسْجِدِ النَّبِىِّ ، ﷺ ، وغيَّرا بناءَه ، ثم عمرُ بنُ عَبْدِ العَزِيزِ وزادَ فيه أبْوابًا ، ثم المَهْدِىُّ ، ثم المَأْمُونُ . الثَّالثةُ ، لو صالَحَ رَجُلًا على أنْ يَسْقِىَ أرْضَه مِن نَهْرِ الرَّجُلِ يَوْمًا أو يَوْمَين ، أو مِن عَيْنِه ، وقدَّرَه بشىءٍ يُعْلَمُ به ، لم يَجُزْ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ؛ لأنَّ الماءَ ليس بمَمْلُوكٍ ، ولا يجوزُ بَيْعُه ، فلا يجوزُ الصُّلْحُ عليه . اخْتارَه القاضى . وقدَّمه فى [١٣٠/٢ظ] « الفُروعِ » . وقيل : يجوزُ . وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، ومالا إليه . قلتُ : وهو الصَّوابُ ، وعَمَلُ النَّاسِ عليه قديمًا

---

(١) فى الأصل ، ط : « ماصلحه » .

المقنع

وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِىَ مَمَرًّا [١١٥ و] فِى دَارٍ ، وَمَوْضِعًا فِى حَائِطِهِ يَفْتَحُهُ بَابًا ، وَبُقْعَةً يَحْفِرُهَا بِئْرًا ، وَعُلْوَ بَيْتٍ يَبْنِى عَلَيْهِ بُنْيَانًا مَوْصُوفًا . فَإِنْ كَانَ الْبَيْتُ غَيْرَ مَبْنِىٍّ ، لَمْ يَجُزْ فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَفِى الْآخَرِ ، يَجُوزُ إِذَا وُصِفَ الْعُلْوُ وَالسُّفْلُ .

الشرح الكبير

١٨٨٤ – مسألة : (ويجوزُ أن يَشْتَرِىَ مَمَرًّا فى دارٍ ، ومَوْضِعًا فى حائِطِه يَفْتَحُه بابًا ، وبُقْعةً يَحْفِرُها بِئْرًا) لأنَّ هذه الأماكِنَ يَجُوزُ بَيْعُها وإجارَتُها ، فجاز الاعْتِياضُ عنها بالصُّلْحِ[١] ، كالدُّورِ .

١٨٨٥ – مسألة : (و) أن يَشْتَرِىَ (عُلْوَ بَيْتٍ يَبْنِى عليه بُنْيانًا مَوْصُوفًا) إذا كان البَيْتُ مَبْنِيًّا ؛ لِما ذَكَرْناه . (فإن كان البَيْتُ غيرَ مَبْنِىٍّ ، لم يَجُزْ فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ) ذَكَرَه القاضى ، وأصْحابُ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّه بَيْعٌ[٢] للهَواءِ دُونَ القَرارِ (والثانِى ، يَجُوزُ) لأنَّه مِلْكٌ للمُصالِحِ ، فجاز له أخْذُ عِوَضِه ، كالقَرارِ . وإنَّما يَجُوزُ بشَرْطِ (أن يَصِفَ العُلْوَ

الإنصاف

وحَدِيثًا . الرَّابعةُ ، إذا صالَحَه على سَهْمٍ مِنَ العَيْنِ ، أو النَّهْرِ ؛ كالثُّلُثِ ، والرُّبْعِ ، ونحوِهما ، جازَ ، وكان بَيْعًا[٣] للقَرارِ ، والماءُ تابعٌ له . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » و « الفُروعِ » ، وغيرِهم .

قوله : ويجوزُ أنْ يَشْتَرِىَ مَمَرًّا فى دارٍ ، ومَوْضِعًا فى حائِطِه يَفْتَحُه بابًا ، وبُقْعَةً

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « مبيع » .

(٣) فى الأصل ، ط : « تبعًا » .

الشرح الكبير

والسُّفْلَ) بما يُعْلَمُ به ؛ لأنَّ مِن شَرْطِ صِحَّةِ البَيْعِ العِلْمَ بالمَبِيعِ .

الإنصاف

يَحْفِرُها بئْرًا ، وعُلْوَ بَيْتٍ يَبْنِى عليه بُنْيانًا مَوْصُوفًا . بلا نِزاعٍ . وقال المُصَنِّفُ ، ومَن تبِعَه ، فى وَضْعِ خَشَبٍ أو بِناءٍ : يجوزُ إجارَةً ، مُدَّةً معْلُومَةً ، ويجوزُ صُلْحًا أبَدًا .

قوله : فإنْ كانَ البَيْتُ غيرَ مَبْنِىٍّ ، لم يَجُزْ فى أحدِ الوَجْهَين . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ؛ أحدُهما ، يجوزُ ، أى يصِحُّ ، إذا وصَف العُلْوَ والسُّفْلَ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : والأصحُّ ، يصِحُّ إذا كان مَعْلُومًا . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » ، وغيرُهم . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، وغيرِهما . والوَجْهُ الثَّانى ، لايجوزُ ، أى لايصِحُّ . قالَه القاضى . وتقدَّم التَّنْبيهُ على ذلك كلِّه فى كتابِ البَيْعِ ، فى الشَّرْطِ الثَّالثِ ؛ فإنَّه داخِلٌ فى كلامِه هناك على وَجْهِ العُمومِ ، وهنا مُصَرَّحٌ به . وبعضُ الأصحابِ ذكَر المَسْأَلَةَ هناك ، وبعضُهم ذكَرَها هنا ، وبعضُهم عبَّر بالصُّلْحِ عن ذلك ، وهو كالبَيْعِ هنا . فالنَّقْلُ فيها مِنَ المَكانَيْن .

تنبيه : حيثُ صحَّحْنا ذلك ، فمتى زالَ ، فله إعادَتُه مُطْلَقًا ، ويَرْجِعُ بأُجْرَةِ مُدَّةِ زَوالِه عنه . وفى الصُّلْحِ ، على زَوالِه ، وعدَمِ عَوْدِه .

فائدة : حُكْمُ المُصالَحَةِ فى ذلك كلِّه ، حُكْمُ البَيْعِ . لكِنْ قال فى « الفُنُونِ » : فإذا فرَغَتِ المُدَّةُ يَحْتَمِلُ أنَّه ليس لرَبِّ الجِدارِ مُطالَبَتُه بقَلْعِ خَشَبه . قال : وهو الأشْبَهُ كإعارَتِه لذلك ؛ لما فيه مِنَ الخُروجِ عن حُكْمِ العُرْفِ ؛ لأنَّ العُرْفَ وضْعُها

المقنع

وَإِنْ حَصَلَ فِى هَوَائِهِ أَغْصَانُ شَجَرَةِ غَيْرِهِ ، فَطَالَبَهُ بِإِزَالَتِهَا ، لَزِمَهُ . فَإِنْ أَبَى ، فَلَهُ قَطْعُهَا .

الشرح الكبير

١٨٨٦ – مسألة : (وإن حَصَل فى هَوائِه أغْصانُ شَجَرَةِ غيرِه ، فطالَبَه بإزالَتِها ، فله ذلك . فإن أبى ، فله قَطْعُها) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّه إذا حَصَلَتْ أغْصانُ شَجَرَتِه فى هَواءِ مِلْكِ غيرِه ، أو هَواءِ جِدارٍ له فيه شَرِكَةٌ ، لَزِم مالِكَ الشَّجَرةِ إزَالةُ تلك الأغْصانِ ؛ إمّا برَدِّها إلى ناحيةٍ أُخْرَى ، وإمّا بالقَطْعِ ؛ لأنَّ الهَواءَ مِلْكٌ لصاحِبِ القَرارِ ، فوَجَبَ إزالةُ ما يَشْغَلُه مِن مِلْكِ غيرِه ، كالقَرارِ . فإنِ امْتَنَعَ المالِكُ مِن إزالَتِه ، لم يُجْبَرْ ؛ لأنَّه مِن غيرِ فِعْلِه ، فلم يُجْبَرْ على إزالَتِه ، كما لو لم يَكُنْ مِلْكَه . وإن تَلِفَ بها شئٌ ،

الإنصاف

للأبَدِ ، فهو كإعارَةِ الأرْضِ للدَّفْنِ . ثم إمَّا أنْ يَتْرُكَه بعدَ المُدَّةِ بحُكْمِ العُرْفِ بأُجْرَةِ مِثْلِه إلى حِينِ نَفادِ الخَشَبِ ؛ لأنَّه العُرْفُ فيه ، كالزَّرْعِ إلى حَصادِه ؛ للعُرْفِ فيه ، أو يُجَدِّدَ إجارةً بأُجْرَةِ المِثْلِ ؛ وهى المُسْتَحَقَّةُ بالدَّوامِ بلا عَقْدٍ .

قوله : وإنْ حصَل فى هوائِه أغْصَانُ شَجَرَةِ غيرِه ، فطالَبَه بإزالَتِها ، لَزِمَه . فإنْ أبَى ، فله قَطْعُها . قال الأصحابُ : له إزالَتُها بلا حُكْمِ حاكِمٍ . قال فى « الوَجيزِ » : فإنْ أبَى ، لَواه ، إنْ أمْكَنَ ، وإلَّا فله قَطْعُه . وكذا قال غيرُه . وقيلَ لأحمدَ : يَقْطَعُه هو ؟ قال : لا ، يقُولُ لصاحِبِه حتى يقْطَعَ .

فائدة : إذا حصَل فى مِلْكِه أو هَوائِه أغصانُ شَجَرَةٍ ، لَزِمَ المَالِكَ إزالَتُه إذا طالَبَه بذلك . بلا نِزاعٍ ، لكِنْ لو امْتَنَعَ مِن إزالَتِه ، فهل يُجْبَرُ عليه ، ويضْمَنُ ما تَلِفَ به ؟ فيه وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « النَّظْمِ » ؛ أحدُهما ، لا يُجْبَرُ ، ولا يَضْمَنُ ما تَلِفَ به . وهو الصَّحيحُ . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، فى عدَمِ الإجْبارِ . والثَّانى ، يُجْبَرُ على

المقنع

فَإِنْ صَالَحَهُ عَنْ ذَلِكَ بِعِوَضٍ ، لَمْ يَجُزْ .

الشرح الكبير

لم يَضْمَنْه ؛ لذلك . ويَحْتَمِلُ أن يُجْبَرَ على إزالَتِه ويَضْمَنَ ما تَلِف به ، إذا أُمِر بإزالَتِه فلم يَفْعَلْ ، بِنَاءً على ما إذا مال حائِطُه إلى مِلْكِ غيرِه ، على ما سنذكُرُه ، إن شاء الله تعالى . وعلى كلا الوَجْهَيْن ، إذا امْتَنَعَ مِن إزالَتِه كان لصاحِبِ الهَواءِ إزالَتُه بأحَدِ الأمْرَيْن ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ البَهيمةِ التى تَدْخُلُ دارَه ، له إخْراجُها ، كذا هٰهُنا . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ . فإن أمْكَنَه إزالَتُها بلا إتْلافٍ ولا قَطْعٍ مِن غيرِ مَشَقَّةٍ تَلْزَمُه ولا غَرامةٍ ، لم يَجُزْ له إتْلافُها ، كما أنَّه إذا أمْكَنَه إخْراجُ البَهيمةِ مِن غيرِ إتْلافٍ ، لم يَجُزْ له إتْلافُها . فإن أتْلَفَها فى هذه الحالِ غَرِمَها . وإن لم يُمْكِنْه إزالَتُها إلَّا بالإتْلافِ ، فله ذلك ، ولا شىءَ عليه ، فإنَّه لا يَلْزَمُه إقْرارُ مالِ غيرِه فى مِلْكِه .

١٨٨٧ - مسألة : (فإن صالَحَه عن ذلك بعِوَضٍ ، لم يَجُزْ) اخْتَلَفَ أصحابُنا فى ذلك ، فقال أبو الخَطَّابِ : لا تَصِحُّ المُصالَحةُ عن ذلك بحالٍ ،

الإنصاف

إزالَتِه ، ويَضْمَنُ ما تَلِفَ به . (١)وهو احْتِمالٌ(١) فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وقال ابنُ رَزِينٍ : ويَضْمَنُ ما تَلِفَ به ، إنْ أُمِرَ بإزالَتِه فلم يَفْعَلْ . وكذا قال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » .

قوله : وإنْ صالَحَه عن ذلك بعِوَضٍ ، لم يَجُزْ . وهو أحَدُ الوُجوهِ . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « نِهايَةِ ابنِ رَزِينٍ » . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وقيل : يجوزُ . قال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » : اللَّائقُ بمذهبِنا صِحَّتُه . واخْتارَه ابنُ حامِدٍ ، وابنُ عَقِيلٍ .

(١ - ١) فى الأصل : « وهو الصحيح قدمه » .

الشرح الكبير

رَطْبًا كان الغُصْنُ أو يابِسًا ؛ لأنَّ الرَّطْبَ يَزِيدُ ويتَغَيَّرُ ، واليابِسَ يَنْقُصُ ، ورُبَّما ذَهَب كلُّه . وقال ابنُ حامدٍ وابنُ عَقِيلٍ : يَجُوزُ ذلك ، رَطْبًا كان الغُصْنُ أو يابِسًا ؛ لأنَّ الجهالَةَ فى المُصالَحِ عنه [٩١/٤ظ] لا تَمْنَعُ الصِّحَّةَ ؛ لكَوْنِها لا تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ ، بخِلافِ العِوَضِ ، فإنَّه يَفْتَقِرُ إلى العِلْمِ لوُجُوبِ تَسْلِيمِه ، ولأنَّ الحاجَةَ داعِيةٌ إلى ذلك ؛ لكونِ ذلك يَكْثُرُ فى الأَمْلاكِ المُتَجاوِرَةِ ، وفى القَطْعِ إتْلافٌ وضَرَرٌ ، والزِّيادَةُ المُتَجَدِّدَةُ يُعْفَى عنها ، كالسِّمَنِ الحادِثِ فى المُسْتَأْجَرِ للرُّكُوبِ ، والمُسْتَأْجِرِ للغُرْفَةِ يتَجَدَّدُ له الأَوْلادُ ، والغِراسِ المُسْتَأْجَرِ له الأَرْضُ يَعْظُمُ ويَجْفُو . وقال القاضى : إن كان يابِسًا مُعْتَمِدًا على نَفْسِ الجدارِ ، صَحَّتِ المُصالَحةُ عنه ؛ لأنَّ الزِّيادَةَ مأْمُونَةٌ فيه ، ولا يَصِحُّ الصُّلْحُ على غيرِ ذلك ؛ لأنَّ الرَّطْبَ يَزِيدُ فى كلِّ وَقْتٍ ، وما لا يَعْتَمِدُ على الجِدارِ ، لا يَصِحُّ الصُّلْحُ عليه ؛ لأنَّه تَبَعُ الهَواءِ . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ . قال شيخُنا[1] : واللَّائِقُ

الإنصاف

وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » . وقيل : إنْ صالَحَه عن رُطَبِه ، لم يَجُزْ ، وإنْ كان يابِسًا ، جازَ . اخْتارَه القاضى . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » . وقدَّم فى « التَّلْخيصِ » ، عدَمَ الجَوازِ فى الرَّطْبَةِ ؛ لأنَّها تَتَغَيَّرُ . وأطْلَقَ الوَجْهَين فى اليابِسَةِ . وقال فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » : وإنْ صالَحَه عن رَطْبَةٍ ، لم يَجُزْ . وقيل : فى الصُّلْحِ عن غُصْنِ الشَّجَرَةِ وَجْهان . انتهيا . وأطْلَقَ الأَوْجُهَ الثَّلاثَةَ فى « النَّظْمِ » ، و « الفائقِ » .

---

(١) فى : المغنى ١٩/٧ .

المقنع

وَإِنِ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ الثَّمَرَةَ لَهُ أَوْ بَيْنَهُمَا ، جَازَ ، وَلَمْ يَلْزَمْ .

الشرح الكبير

بِمَذْهَبِ أحمدَ صِحَّتُه ؛ لأنَّ الجَهالَةَ فى المُصالَحِ عنه لا تَمْنَعُ الصِّحَّةَ إذا لم يَكُنْ إلى العِلْمِ به سَبِيلٌ ، وذلك لدُعاءِ الحاجَةِ إليه ، وكَوْنِه لا يَحْتاجُ إلى تَسْلِيمٍ ، وهذا كذلك . والهَواءُ كالقَرارِ فى كَوْنِه مِلْكًا لصاحِبِه ، فجاز الصُّلْحُ على ما فيه ، كالذى فى القَرارِ .

١٨٨٨ – مسألة : (فإنِ اتَّفَقا على أنَّ الثَّمَرَةَ له أو بينَهما ، جاز ، ولم يَلْزَمْ) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّه إذا صالَحَه عن ذلك بجُزْءٍ مِن الثَّمَرةِ أو بالثَّمَرةِ كلِّها ، فقد نَقَل المَرُّوذِىُّ وإسحاقُ بنُ إبراهيمَ ، عن أحمدَ ، أنَّه سُئِل عن ذلك فقال : لا أدْرِى . فيَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ . ونحوَه قال مَكْحُولٌ ، فإنَّه نُقِلَ عنه أنَّه قال : أيُّما شَجَرَةٍ ظَلَّلَتْ على قَوْمٍ ، فهم بالخِيارِ بينَ قَطْعِ ما ظَلَّلَ ، أو أكْلِ ثَمَرِها . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ . وهو قولُ

الإنصاف

واشْتَرطَ القاضى للصِّحَّةِ ، أنْ يكونَ الغُصْنُ مُعْتَمِدًا على نَفْسِ الحائطِ ، ومنَع إذا كان فى نَفْسِ الهَواءِ ؛ لأنَّه تابعٌ للهَواءِ المُجَرَّدِ . وقال فى « التَّبْصِرَةِ » : يجوزُ مع مَعْرِفَةِ قَدْرِ الزِّيادَةِ بالأذْرُعِ .

قوله : وإنِ اتَّفَقا على أنَّ الثَّمَرَةَ له ، أو بينَهما ، جازَ ، ولم يَلْزَمْ . وهو المذهبُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » ، [١٣١/٢و] و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفائقِ » . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : جازَ فى الأصَحِّ . وقيل : لا يجوزُ . قال الإمامُ أحمدُ ، فى جَعْلِ الثَّمَرَةِ بينَهما : لا أدْرِى . وهما احْتِمالان مُطْلَقان فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » . وقال المُصَنِّفُ : والذى يَقْوَى عندِى ، أنَّ ذلك إباحَةٌ ، لا صُلْحٌ .

الشرح الكبير

الأَكْثَرِين[1] . وبه قال الشافعيُّ ؛ لأنَّ العِوَضَ مَجْهُولٌ ، فإنَّ الثَّمَرَةَ مَجْهُولَةٌ وجُزْؤُها مَجْهُولٌ ، ومِن شَرْطِ الصُّلْحِ العِلْمُ بالعِوَضِ ، ولأنَّ المُصالَحَ عليه أيضًا مجهولٌ ؛ لأنَّه يَزِيدُ ويَتَغَيَّرُ ، على ما أسْلَفْناه . ووَجْهُ الأوّلِ ، أنَّ هذا ممَّا يَكْثُرُ فى الأمْلاكِ ، وتَدْعُو الحاجَةُ إليه ، وفى القَطْعِ إتْلافٌ ، فجاز مع الجَهالَةِ ، كالصُّلْحِ على مَجْرَى مِياه الأمْطارِ ، وعلى المَوارِيثِ الدّارِسَةِ ، والحُقُوقِ المَجْهُولةِ التى لا سَبِيلَ إلى عِلْمِها . قال شيخُنا[2] : ويَقْوَى عندِى أنَّ الصُّلْحَ هنا يَصِحُّ ، بمَعْنَى أنَّ كلَّ واحِدٍ منهما يُبِيحُ صاحِبَه ما بَذَل له ، فصاحِبُ الهَواءِ يُبِيحُ صاحبَ الشَّجَرةِ إبْقاءَها ، ويَمْتَنِعُ مِن قَطْعِها وإزالَتِها ، وصاحبُ الشجرةِ يُبِيحُه ما بَذَل له مِن ثَمَرَتِها ، ولا يكونُ هذا بمَعْنَى البَيْعِ ؛ لأنَّ البَيْعَ لا يَصِحُّ بمَعْدُومٍ ولا مَجْهُولٍ ، والثَّمَرةُ فى حالِ الصُّلْحِ مَعْدُومَةٌ مَجْهُولَةٌ ، ولا هو لازِمٌ ، بل لكلِّ واحِدٍ منهما الرُّجُوعُ عما بَذَلَه ، والعَوْدُ فيما قالَه ؛ لأنَّه مُجَرَّدُ إباحَةٍ مِن كلِّ واحِدٍ منهما لصاحِبِه ، فجَرَى مَجْرَى قولِ كلِّ واحدٍ منهما

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، حُكْمُ عُروقِ الشَّجَرَةِ فى غيرِ أرْضِ مالِكِها ، حُكْمُ الأغْصانِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل عنه : حُكْمُها حُكْمُ الأغْصانِ إذا حصَل ضَرَرٌ[3] ، وإلَّا فلا . الثَّانيةُ ، صُلْحُ مَن مالَ

---

(1) فى م : « الأكثر » .
(2) فى : المغنى ٧/٢٠ .
(3) فى الأصل ، ط : « من » .

الشرح الكبير

لصاحِبه ، اسْكُنْ دارِى وأسْكُنُ دارَك . مِن غيرِ تَقْدِيرِ مُدَّةٍ ، ولا ذِكْرِ شُرُوطِ الإجارَةِ ، أو قولِه : أبَحْتُك الأكْلَ مِن ثَمَرةِ بُسْتانِى ، فأبِحْنِى الأكْلَ مِن ثَمَرةِ بُسْتانِك . وكذلك قَوْلُه : دَعْنِى أُجْرِى فى أرْضِكَ ماءً ولك أن تَسْقِىَ به ما شِئْتَ ، وتَشْرَبَ منه . ونحو ذلك ، فهذا مِثْلُه بل أوْلَى ، فإنَّ هذا ممّا تَدْعُو الحاجَةُ إليه كثِيرًا ، [٩٢/٤و] وفى إلْزامِ القَطْعِ ضَرَرٌ كثِيرٌ وإتْلافُ أموالٍ كثِيرةٍ ، وفى التَّرْكِ مِن غيرِ نَفْعٍ يَصِلُ إلى[1] صاحِبِ الهَواءِ ضَرَرٌ عليه . وفيما ذَكَرْنا جَمْعٌ بينَ الأمْرَيْن ، ونَظَرٌ للفَرِيقَيْن ، وهو على وَفْقِ الأُصُولِ ، فكان أوْلَى .

فصل : وكذلك الحُكْمُ فيما امْتَدَّ مِن عُرُوقِ شَجَرِ إنْسانٍ إلى أرْضِ جارِه ، سَواءٌ أثَّرَتْ ضَرَرًا مثل تَأْثِيرِها فى المَصانِعِ ، وطَىِّ الآبارِ ، وأساسِ الحِيطانِ أو مَنْعِها مِن نَباتِ شَجَرٍ لصاحِبِ الأرْضِ أو زَرْعٍ ، أو لم تُؤَثِّرْ ، فإنَّ الحُكْمَ فى قَطْعِه والصُّلْحِ عنه ، كالحُكْمِ فى الغُصْنِ[2] ، إلَّا أنَّ العُرُوقَ لا ثَمَرَ لها . فإنِ اتَّفَقا على أنَّ ما يَنْبُتُ مِن عُرُوقِها لصاحِبِ الأرْضِ ، أو جُزْءٍ مَعْلُومٍ منه ، فهو كالصُّلْحِ على الثَّمَرَةِ فيما ذَكَرْنا . فعلى قَوْلِنا ، إذا اصْطَلَحا على ذلك فمَضَتْ مُدّةٌ ثم أبَى صاحِبُ

الإنصاف

حائطُه ، أو زلَق مِن خَشَبِه إلى مِلْكِ غيرِه ، كالأغْصانِ . قالَه فى « الفُروعِ » . وقال : وهو ظاهِرُ رِوايَةِ يَعْقُوبَ . وفى « المُبْهِجِ » فى بابِ الأطْعِمَةِ ، ثَمَرَةُ غُصْنٍ فى هَواءِ طَرِيقٍ عامٍّ ، للمُسْلِمِين .

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « الفروع » .

المقنع

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْرَعَ إِلَى طَرِيقٍ نَافِذٍ جَنَاحًا ، وَلَا سَابَاطًا ، وَلَا دُكَّانًا .

الشرح الكبير

الشَّجَرَةِ دَفْعَ نَباتِها إلى صاحِبِ الأرْضِ ، فعليه أجْرُ المِثْلِ ؛ لأنَّه إنَّما تَرَكَه فى أرْضِه لهذا ، فلَمّا لم يُسَلِّمْ له ، رَجَع بأجْرِ المِثْلِ ، كما لو بَذَلَها بعِوَضٍ لم يُسَلَّمْ له ، وكذلك الحُكْمُ[1] فى مَن مال حائِطُه إلى هَواءِ مِلْكِ غيرِه ، أو زَلَقَ[2] مِن أخْشابِه إلى مِلْكِ غيرِه ، فالحُكْمُ فيه على ما ذَكَرْنا .

١٨٨٩ – مسألة : (ولا يجوزُ أن يَشْرَعَ إلى طَرِيقٍ نافِذٍ جَناحًا ، ولا ساباطًا[3] ، ولا دُكّانًا) الجَناحُ هو الرَّوْشَنُ[4] يكونُ على أطْرافِ خَشَبَةٍ مَدْفُونَةٍ فى الحائِطِ ، وأطْرافُها خارِجَةٌ إلى الطَّرِيقِ ، لا يَجُوزُ إخْراجُه ، سَواءٌ كان يَضُرُّ بالمارَّةِ فى العادَةِ أو لا يَضُرُّ . ولا يَجُوزُ أن يَجْعَلَ عليها ساباطًا بطَرِيقِ الأوْلَى ، وهو المُسْتَوْفِى لهَواءِ الطَّرِيقِ كلِّه على جِدارَيْن ، سَواءٌ كان الجِدارانِ مِلْكَه أو لم يَكُونا ، أذِنَ الإمامُ فى ذلك أو لم يَأْذَنْ . وقال ابنُ عَقِيلٍ : إن لم يَكُنْ فيه ضَرَرٌ ، جاز بإذْنِ الإمامِ ؛ (٥لأنَّه نائِبُهم٥) ،

الإنصاف

قوله : ولا يجوزُ أنْ يَشْرَعَ إلى طَرِيقٍ نافِذٍ جَناحًا ولا ساباطًا . وكذا لا يجوزُ أنْ يُخْرِجَ دَكَّةً . وهذا المذهبُ مُطْلَقًا ، نصَّ عليه ، فى رِوايَةِ أبى طالِبٍ ، وابنِ مَنْصُورٍ ، ومُهَنّا ، وغيرِهم . انتهى . وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ

---

(١) سقط من : م .

(٢) زلق : ابتعد وانتحى .

(٣) الساباط : سقيفة بين حائطين تحتها ممر نافذ .

(٤) الروشن : الشرفة .

(٥ – ٥) سقط من : م .

الشرح الكبير

فجَرَى إذْنُه مَجْرَى إذْنِ المُشْتَرِكِين فى الدَّرْبِ الذى ليس بنافِذٍ . وقال أبو حنيفةَ : يجوزُ مِن ذلك ما لا ضَرَرَ فيه ، وإن عارَضَه رجلٌ مِن المسلمين وَجَب قَلْعُه . وقال مالِكٌ ، والأوْزاعِىُّ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ : يَجُوزُ إذا لم يَضُرَّ بالمارَّةِ ، ولا يَمْلِكُ أحَدٌ مَنْعَه ؛ لأنَّه ارْتَفَقَ بما لم يَتَعَيَّنْ مِلْكُ أحَدٍ فيه مِن غيرِ مَضَرَّةٍ ، فأشْبَهَ المَشْىَ فى الطَّرِيقِ والجُلُوسَ فيها . واخْتَلَفُوا فى الذى لا يَضُرُّ ما هو ؟ فقال بعضُهم : إن كان فى شارعٍ تَمُرُّ فيه الجُيُوشُ [1]والأحْمالُ[1] ، فيكونُ بحيثُ إذا سار فيه الفارِسُ ورُمْحُه مَنْصُوبٌ لا يَبْلُغُه . وقال أكْثَرُهم : لا يُقَدَّرُ بذلك ، بل

الإنصاف

منهم . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وحُكِىَ عن أحمدَ جَوازُه بلا ضَرَرٍ . ذكَرَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ فى « شَرْحِ العُمْدَةِ » ، واخْتارَه هو ، وصاحِبُ « الفائقِ » . فعلى المذهبِ فيهما وفى المِيزابِ – الآتِى حُكْمُه – يَضْمَنُ ما تَلِفَ بهم . ويأْتِى ذلك فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى آخرِ بابِ الغَصْبِ . وفى سُقُوطِ نِصْفِ الضَّمانِ ، بِناءً على أصْلِه ، وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، فى بابِ الغَصْبِ . قلتُ : الصَّوابُ ضَمانُ الجميعِ . ثم وَجَدْتُ المُصَنِّفَ ، والشَّارِحَ ، فى كتابِ الغَصْبِ ، قالا لمَن قال مِن أصحاب الشَّافِعِىِّ : يَضْمَنُ النِّصْفَ . لأنَّه إخْراجٌ يضْمَنُ به البَعْضَ ، فضَمِنَ به الكُلَّ ؛ لأنَّه المَعْهودُ فى الضَّمانِ . وقال الحارِثِىُّ : وقال الأصحابُ : وبأنَّ النِّصْفَ[2] عُدْوانٌ . فأوْجَبَ كلَّ الضَّمانِ . وظاهِرُ ما قالُوا : أنَّه يَضْمَنُ الجميعَ .

(١ – ١) سقط من : م .

(٢) فى الأصل ، ط : « النصب » .

الشرح الكبير

يكونُ بحيثُ لا يَضُرُّ بالعَمّارِيّاتِ[1] والمَحامِلِ . ولَنا ، أنَّه بَنَى فى مِلْكِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فلم [٤/٩٢ظ] يَجُزْ ، كبِناءِ الدَّكَّةِ[2] ، أو بِناءِ ذلك فى دَرْبٍ غيرِ نافِذٍ بغيرِ إذْنِ أهْلِه . ويُفارِقُ المُرُورَ فى الطَّريقِ ؛ فإنَّها جُعِلَتْ لذلك ، ولا مَضَرَّةَ فيه ، والجُلُوسُ لا يَدُومُ ، ولا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ منه ، ولا نُسَلِّمُ أنَّه لا مَضَرَّةَ فيه ، فإنَّه يُظْلِمُ الطَّرِيقَ ، ورُبَّما سَقَط على المارَّةِ ، أو سَقَط منه شئٌ ، وقد تَعْلُو الأرْضُ بمُرُورِ الزَّمانِ ، فيَصْدِمُ رُءُوسَ النّاسِ ، ويَمْنَعُ مُرُورَ الدَّوابِّ بالأحْمالِ ، ويَقْطَعُ الطَّرِيقَ إلَّا على الماشِى ، وقد رَأيْنا مثلَ هذا كثيرًا ، وما يُفْضِى إلى الضَّرَرِ فى ثانِى الحالِ ، يَجِبُ المَنْعُ منه

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، لايجوزُ إخْراجُ المَيازِيبِ إلى الطَّريقِ النَّافِذِ ، ولا إلى دَرْبِ غيرِ نافِذٍ إلَّا بإذْنِ أهْلِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه جَماهيرُ الأصحابِ . قال فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » : هو كإشْراعِ الأجْنِحَةِ عندَ الأصحابِ . وهو كما قال . وهو مِنَ المُفْرَداتِ . وفى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » احْتِمالٌ بالجَوازِ ، مع انْتِفاءِ الضَّرَرِ . وحُكِىَ رِوايَةً عن أحمدَ ، ذكَرَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ فى « شَرْحِ العُمْدَةِ » ، كما تقدَّم . قلتُ : وعليه العَمَلُ فى كلِّ عَصْرٍ ومِصْرٍ . قال فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » : واخْتارَه طائِفَةٌ مِنَ المُتَأَخِّرِين . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : إخْراجُ المَيازِيبِ إلى الدَّرْبِ ، هو السُّنَّةُ . واخْتارَه ، وقدَّمه فى « النَّظْمِ » . فعلى هذا ، لاضَمانَ .

تنبيه : محَلُّ عدَمِ الجَوازِ والضَّمانِ فى الجَناحِ والسَّاباطِ والمَيازِيبِ ، إذا لم يَأْذَنْ فيه الإمامُ أو نائِبُه . فأمَّا إنْ أذِنَ أحدُهما فيه ، جازَ ذلك إنْ لم يَكُنْ فيه ضَرَرٌ ، عندَ جَماهيرِ الأصحابِ . قال فى « الفُروعِ » : وجوَّزَ ذلك الأكثرُ بإذْنِ الإمامِ .

---

(١) العمارية : هودج يحمل على الدابة . انظر معجم Dozy .

(٢) الدكة : بناء يسطح أعلاه .

الشرح الكبير

فى ابْتِدائِه ، كما لو أراد بناءَ حائطٍ مائلٍ إلى الطَّريقِ يُخْشَى وُقُوعُه على مَن يَمُرُّ فيها . ولَنا على أبي حنيفةَ ، أنَّه بَنَى فى حَقٍّ مُشْتَرَكٍ ، لو مَنَع منه بعضُ أهْلِه لم يَجُزْ ، فلم يَجُزْ بغيرِ إذْنِهم ، كما لو أخْرَجَه إلى هَواءِ دارٍ مُشْتَرَكةٍ ، وذلك لأنَّ حَقَّ الآدَمِىِّ لا يجوزُ لغيرِه التَّصَرُّفُ فيه بغيرِ إذْنِه ، وإن كان ساكِتًا ، كما لا يَجُوزُ إذا مَنَع . فأما الدُّكّانُ ، فلا يجوزُ بِناؤُه فى الطَّرِيقِ ، بغيرِ خِلافٍ عَلِمْناه ، سَواءٌ كان الطَّريقُ واسِعًا أو لا ، وسَواءٌ أَذِنَ فيه الإِمامُ أو لم يَأْذَنْ ؛ لأنَّه بناءٌ فى مِلْكِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، ولأنَّه يُؤْذِى المارَّةَ ويُضَيِّقُ عليهم ، ويَعْثُرُ به العاثِرُ ، أَشْبَهَ ما لو كان الطَّريقُ ضَيِّقًا .

الإنصاف

وقالَه فى « القَواعِدِ » ، عن القاضى ، والأكثرِ . وجزَم به فى « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهم . قال الحارِثِىُّ : جزَم به القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، و « التَّعْليقِ الكَبِيرِ » ، وابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » . وقيل : لايجوزُ ، ولو أذِنَ فيه . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و «الفائقِ » ، و « الحاوِيَيْن » . وقال الحارِثِىُّ ، فى بابِ الغَصْبِ : والمذهبُ المَنْصُوصُ ، عدَمُ الإِباحَةِ مُطْلَقًا ، كما تقدَّم فى بابِ الصُّلْحِ . انتهى . وقدَّمه فى « القاعِدَةِ الثَّامِنَةِ والثَّمانِين » ، وقال : نصَّ عليه فى رِوايَةِ أَبِى طالِبٍ ، وابنِ مَنْصُورٍ ، ومُهَنَّا ، وغيرِهم . وقالَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » . قلتُ : بل هو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ . وقال المَجْدُ فى « شَرْحِه » ، فى كتابِ الصَّلاةِ : إنْ كان لايَضُرُّ بالمارَّةِ ، جازَ . وهل يَفْتَقِرُ إلى إذْنِ الإمامِ ؟ على رِوايَتَين . الثَّانيةُ ، لم يذْكُرِ الأصحابُ مِقْدارَ طُولِ الجِدارِ الذى يُشْرَعُ عليه الجَناحُ والمِيزابُ والسَّاباطُ ، إذا قُلْنا بالجَوازِ ، لكِنْ حيثُ انْتَفَى الضَّرَرُ ، جازَ . وقال فى « التَّلْخيصِ » ،

الشرح الكبير

فصل : ولا يَجُوزُ إخْراجُ المَيازِيبِ إلى الطَّرِيقِ الأعْظَمِ ، ولا إلى دَرْبٍ[1] نافِذٍ إلَّا بإذْنِ أهْلِه . وقال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ ، والشافعيُّ : يَجُوزُ إخْراجُه إلى الطَّرِيقِ الأعْظَمِ ؛ لأنَّ عُمَرَ اجْتازَ على دارِ العباسِ وقد نَصَبَ مِيزابًا إلى الطَّرِيقِ ، فقَلَعَه ، فقال العباسُ : تَقْلَعُه وقد نَصَبَه رسولُ اللهِ ﷺ بيَدِه . فقال : واللهِ لا نَصَبْتَه إلَّا على ظَهْرِى . وانْحَنَى حتى صَعِدَ على ظَهْرِه ، فنَصَبَه[2] . وما فَعَلَه رسولُ اللهِ ﷺ فلغيرِه فِعْلُه ، ما لم يَقُمْ دَلِيلٌ على اخْتِصاصِه به ، ولأنَّ الحاجةَ تَدْعُو إلى ذلك ، ولا يُمْكِنُه رَدُّ مائِه

الإنصاف

و « التَّرْغِيبِ » : يكونُ بحيثُ يُمْكِنُ عُبورُ مَحْمِلٍ . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . وقال بعضُ الأصحابِ : يكونُ بحيثُ يُمْكِنُ مُرورُ رُمْحٍ قائمًا بيَدِ فارِسٍ .

قوله : ولا دُكَّانًا . لايجوزُ أنْ يشْرَعَ دُكَّانًا فى طَريقٍ نافِذٍ ، سواءٌ أذِنَ فيه الإمامُ ، أو لا . على الصَّحيحِ مِنَ المَذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الحاوِى الكَبيرِ » : لانَعْلَمُ فيه خِلافًا . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : حُكْمُه حكمُ الجَناحِ ونحوِه . قال فى « الفُروعِ » [١٣١/٢ظ] : مع أنَّ الأصحابَ لم يُجَوِّزُوا حَفْرَ البِئْرِ والبِناءَ فى ذلك لنَفْسِه ، وكأنَّه لما فيه مِنَ الدَّوامِ . قال : ويتَوَجَّهُ مِن هذا الوَجْهِ ، تخْريجٌ . يعْنِى ، فى جَوازِ حَفْرِ البِئْرِ والبِناءِ . وظاهِرُ كلامِه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، جَوازُ إخْراجِ الدُّكَّانِ ، وإنْ

(١) بعده فى م : « غير » .

(٢) أخرجه البيهقى ، فى : باب نصب الميزاب وإشراع الجناح ، من كتاب الصلح . السنن الكبرى ٦ / ٦٦ . والحاكم ، فى : باب محاكمة العباس ... ، من كتاب معرفة الصحابة . المستدرك ٣ / ٣٣١ .

الشرح الكبير

إلى الدّارِ ، ولأنَّ النّاسَ يَعْمَلُونَ ذلك فى جَمِيعِ بلادِ الإسْلامِ مِن غيرِ نَكِيرٍ . ولَنا ، أنَّ هذا تَصرُّفٌ فى هَواءٍ مُشْتَرَكٍ بينَه وبينَ غيرِه بغيرِ إذْنِه ،

الإنصاف

مَنَعْناه مِن غيرِه ، على المُقدَّمِ ؛ فإنَّه قال : وليس لأحَدٍ أنْ يُخْرِجَ إلى دَرْبٍ نافِذٍ مِن مِلْكِه رَوْشَنًا ، ولا كذا ، ولا كذا . وقيل : ولا دُكَّانًا . ولعَلَّه سَهْوٌ ، إنْ لم يَكُنْ فى النُّسْخَةِ غَلَطٌ .

(1) تنبيه : ممَّن ذكَر الدُّكَّانَ كالمُصَنِّفِ ، واقْتَصرَ عليه ، أبو الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، وجَمْعٌ كثيرٌ . وممَّنْ ذكَر الدَّكَّةَ ، واقْتَصرَ عليها ، ولم يذْكُرِ الدُّكَّانَ ، جماعَةٌ ؛ منهم ابنُ حَمْدانَ ، فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، وصاحِبُ « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقد فسَّر ابنُ مُنَجَّى الدُّكَّانَ فى كلامِ المُصَنِّفِ بالدَّكَّةِ . قال فى « المُطْلِعِ » : قال أبو السَّعاداتِ[2] : الدُّكَّانُ ؛ الدَّكَّةُ المَبْنِيَّةُ للجُلُوسِ عليها . وقال فى « البَدْرِ المُنِيرِ » : الدَّكَّةُ ؛ المَكانُ المُرْتَفِعُ يُجْلَسُ عليه ، وهو المَصْطَبَةُ . وجمَع ابنُ حَمْدانَ ، فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » بينَهما ، فقال : وليس لأحَدٍ أنْ يُخْرِجَ إلى طَرِيقٍ نافِذٍ دَكَّةً . وقيل : ولا دُكَّانًا . انتهى . فغايَرَ بينَهما . وقد قال الجَوْهَرِىُّ : الدُّكَّانُ ؛ الحانُوتُ . انتهى . فهو غيرُ الدَّكَّةِ عندَه . وقال فى « البَدْرِ المُنيرِ » : والدُّكَّانُ يُطْلَقُ على الحانُوتِ ، وعلى الدَّكَّةِ التى يُقْعَدُ عليها . انتهى . وقال فى « القامُوسِ »[3] : الدَّكَّةُ بالفَتْحِ ، والدُّكَّانُ بالضَّمِّ ؛ بِناءٌ يُسْطَحُ أعْلاه للمَقْعَدِ . انتهى (1) .

(1 - 1) فى هامش ا : « زيادة من هامش نسخة المصنف » .

(2) هو هبة الله بن على بن محمد ، أبو السعادات ، المعروف بابن الشجرى . كان أوحد زمانه فى علم العربية ومعرفة اللغة ، صنف كتاب « الأمالى » ، وله فى النحو عدة تصانيف . توفى سنة اثنتين وأربعين وخمسمائة . بغية الوعاة ، للسيوطى ٢/ ٣٢٤ .

(3) القاموس المحيط ٣/ ٣١٢ .

المقنع وَلَا أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ فِي مِلْكِ إِنْسَانٍ ، وَلَا دَرْبٍ غَيْرِ نَافِذٍ إِلَّا بِإِذْنِ أَهْلِهِ .

الشرح الكبير فلم يَجُزْ ، كما لو كان الطَّرِيقُ غيرَ نافِذٍ ، ولأنَّه يَضُرُّ بالطَّرِيقِ وأهْلِها ، فلم يَجُزْ ، كبناءِ دَكَّةٍ فيها أو جَناحٍ يَضُرُّ بأهْلِها ، ولا يَخْفَى ما فيه مِن الضَّرَرِ ، فإنَّ ماءَه يَقَعُ على المارَّةِ ، ورُبَّما جَرَى فيه البَوْلُ أو ماءٌ نَجِسٌ فيُنَجِّسُهم ، ويُزَلِّقُ الطَّرِيقَ ، ويَجْعَلُ فيها الطِّينَ ، والحَدِيثُ قَضِيَّةٌ في عَيْنٍ ، فيَحْتَمِلُ أنَّه كان في دَرْبٍ غيرِ نافِذٍ ، أو تَجَدَّدَتِ الطَّرِيقُ بعدَ نَصْبِه . ويَحْتَمِلُ أن يجوزَ ذلك ؛ لأنَّ الحاجَةَ داعِيَةٌ إليه ، والعادَةُ جارِيَةٌ به ، مع ما فيه مِن الخَبَرِ المَذْكُورِ .

[٩٣/٤و] **١٨٩٠** – مسألة : (ولا) يَجُوزُ (أن يَفْعَلَ ذلك في مِلْكِ إنْسانٍ ، ولا دَرْبٍ غيرِ نافِذٍ إلَّا بإذْنِ أهْلِه) أمّا في مِلْكِ الإنْسانِ فلا يَجُوزُ بغيرِ إذْنِه ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ في مِلْكِ الغيرِ ، فلم يَجُزْ بغيرِ إذْنِه ، ولا يَجُوزُ ذلك في الدَّرْبِ . وبه قال الشافعيُّ في الجَناحِ والسّاباطِ ، إذا لم يَكُنْ له في الدَّرْبِ بابٌ ، وإن كان له في الدَّرْبِ بابٌ ، فقد اخْتَلَفَ أصْحابُه ، فمنهم مَن مَنَعَه أيضًا ، ومنهم مَن أجاز له إخْراجَ الجَناحِ والسّاباطِ ؛ لأنَّ له في الدَّرْبِ اسْتِطْراقًا ، فمَلَكَ ذلك ، كما يَمْلِكُه في الدَّرْبِ النافِذِ . ولَنا ، أنَّه بِناءٌ في هَواءِ مِلْكِ قَوْمٍ مُعَيَّنِين ، أشْبَهَ إذا لم يَكُنْ له فيه بابٌ ، ولا نُسَلِّمُ الأصْلَ الذي قاسُوا عليه . فإن أذِنَ أهْلُ الدَّرْبِ فيه ، جاز ؛ لأنَّ الحَقَّ لهم ، فجاز بإذْنِهم ، كما لو كان لمالِكٍ واحدٍ .

الإنصاف قوله : ولا أنْ يَفْعَلَ ذلك في دَرْبٍ غيرِ نَافِذٍ ، إلَّا بإذْنِ أهْلِه . بلا نِزاعٍ . وكذا

المقنع

فَإِنْ صَالَحَ عَنْ ذَلِكَ بِعِوَضٍ ، جَازَ فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

١٨٩١ – مسألة : (فإن صالَحَ عن ذلك بعِوَضٍ ، جاز فى أحَدِ الوَجْهَيْن) وقال القاضى ، وأصحابُ الشافعىِّ : لا يَجُوزُ فى الجَناحِ والسّاباطِ ؛ لأنَّه بَيْعٌ للهَواءِ دُونَ القَرارِ . ولَنا ، أنَّه يَبْنِى فيه بإذْنِهم ، فجاز ، كما لو أذِنُوا له بغيرِ عِوَضٍ ، ولأنَّه مِلْكٌ لهم ، فجاز لهم أخْذُ عِوَضِه ، كالقَرارِ . إذا ثَبَت هذا ، فإنَّما يَجُوزُ بشَرْطِ كَوْنِ ما يُخْرِجُه مَعْلُومَ المِقْدارِ فى الخُرُوجِ والعُلُوِّ ، وهكذا الحُكْمُ فيما إذا أخْرَجَه إلى مِلْكِ إنسانٍ مُعَيَّنٍ ، يَجُوزُ بإذْنِه ، بعِوَضٍ وبغيرِه ، إذا كان مَعْلُومَ المِقْدارِ .

فصل : ولا يَجُوزُ أن يَحْفِرَ فى الطَّرِيقِ النافِذَةِ بِئْرًا لنَفْسِه ، سَواءٌ جَعَلَها لماءِ المَطَرِ ، أو ليَسْتَخْرِجَ منها ماءً يَنْتَفِعُ به ، ولا غيرِ ذلك ؛ لِما ذَكَرْنا مِن قبلُ . وإن أراد حَفْرَها للمسلمين ونَفْعِهم ، أو لنَفْعِ الطَّرِيقِ ، مثل أن يَحْفِرَها ليَسْقِىَ[1] الناسَ مِن مائِها ، ويَشْرَبَ منه المارَّةُ ، أو ليَنْزِلَ فيها ماءُ المَطَرِ عن الطَّرِيقِ ، نَظَرْنا ؛ فإن كان الطَّرِيقُ ضَيِّقًا ، أو كانت فى مَمَرٍّ

الإنصاف

لا يجوزُ أنْ يَفْعَلَ ذلك فى هَواءِ جارِه إلَّا بإذْنِه .

قوله : فإنْ صالَحَ عن ذلك بعِوَضٍ ، جازَ ، فى أحدِ الوَجْهَين . وهو المذهبُ . قال فى « الفُروعِ » : ويصِحُّ صُلْحُه عن مَعْلُومِه بعِوَضٍ فى الأصحِّ . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . واخْتارَه أبو الخَطَّابِ وغيرُه . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهما . والوَجْهُ الثَّانى ،

---

(١) فى الأصل : « ليستقى » .

المقنع وَإِذَا كَانَ ظَهْرُ دَارِهِ فِى دَرْبِ غَيْرِ نَافِذٍ ، فَفَتَحَ فِيهِ بَابًا لِغَيْرِ الِاسْتِطْرَاقِ ، جَازَ . وَيَحْتَمِلُ أَلَّا يَجُوزَ .

الشرح الكبير النّاسِ بحيث يُخافُ سُقُوطُ إنْسانٍ فيها أو دابَّةٍ ، أو يُضَيِّقُ عليهم مَمَرَّهم ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ ضَرَرَها أكْثَرُ مِن نَفْعِها[1] . وإن حَفَرَها فى زاوِيةٍ مِن طَرِيقٍ واسِعٍ ، وجَعَل عليها ما يَمْنَعُ الوُقُوعَ فيها ، جاز ؛ لأنَّ ذلك نَفْعٌ[2] بلا ضَرَرٍ ، فجاز ، كتَمْهِيدِها وبِناءِ رَصِيفٍ فيها . فأمّا[3] فِعْلُه فى دَرْبٍ غيرِ نافِذٍ ، فلا يَجُوزُ بغيرِ إذْنِ أهْلِه ؛ لأنَّ هذا مِلْكٌ لقَوْمٍ مُعَيَّنِين ، فلم يَجُزْ فِعْلُ ذلك بغيرِ إذْنِهم ، كما لو فَعَلَه فى بُسْتانِ إنْسانٍ . ولو صالَحَ أهْلَ الدَّرْبِ عن ذلك بعِوَضٍ ، جاز ، سَواءٌ حَفَرَها لنَفْسِه ليَنْزِلَ فيها ماءُ المَطَرِ عن دارِه ، أو ليَسْتَقِيَ منها ماءً لنَفْسِه ، أو حَفَرَها للسَّبِيلِ ونَفْعِ الطَّرِيقِ . وكذلك إن فَعَل ذلك فى مِلْكِ إنْسانٍ مُعَيَّنٍ .

[٤/٩٣ظ] **١٨٩٢** – مسألة : (وإذا كان ظَهْرُ دارِه فى دَرْبٍ غيرِ نافذٍ ، ففَتَحَ فيه بابًا لغيرِ الاسْتِطْراقِ ، جاز) لأنَّ له رَفْعَ جَمِيعِ حائِطِه ، فبَعْضُه أوْلَى . قال ابنُ عَقِيلٍ : (ويَحْتَمِلُ أن لا يَجُوزَ) لأنَّ

الإنصاف لايجوزُ . اخْتارَه القاضى ، وجزَم به فى « نِهايَةِ ابنِ رَزِينٍ » ، ورَدَّه المُصَنِّفُ ، والشّارِحُ . وأطْلَقهما فى « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » .

قوله : وإنْ كانَ ظَهْرُ دارِه فى دَرْبٍ غيرِ نافِذٍ ، ففتَح فيه بابًا لغيرِ الاسْتِطْراقِ ،

---

(١) فى الأصل : « منافعها » .

(٢) فى الأصل ، م : « يقع » .

(٣) بعده فى م : « ما » .

المقنع

وَإِنْ فَتَحَهُ لِلِاسْتِطْرَاقِ ، لَمْ يَجُزْ ، إِلَّا بِإِذْنِهِمْ فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَإِنْ صَالَحَهُمْ ، جَازَ .

الشرح الكبير

شَكْلَ البابِ مع تَقادُمِ العَهْدِ رُبَّما اسْتُدِلَّ به على حَقِّ الاسْتِطْراقِ ، فيَضُرُّ بأهْلِ الدَّرْبِ ، بخِلافِ رَفْعِ الحائطِ ؛ فإنَّه لا يَدُلُّ على شيءٍ .

١٨٩٣ - مسألة : (وإنْ فَتَحَه للاسْتِطْراقِ ، لم يَجُزْ إلَّا بإذْنِهم) لأنَّه ليس له[1] حَقٌّ فى الدَّرْبِ الذى هو مِلْكُ غيرِه . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه يَجُوزُ ؛ لأنَّ له رَفْعَ [2]جَميعِ حائِطِه[2] . والأوَّلُ أوْلَى ؛ لأنَّ الدَّرْبَ لا حَقَّ له فيه ، فلم يَجُزْ أن يُجْعَلَ له فيه حَقُّ اسْتِطْراقٍ (فإن صالَحَهم ، جاز) لأنَّ الحَقَّ لهم ، فأشْبَهَ دُورَهم إذا صالَحَهم على شيءٍ منها .

فصل : وإن كان ظَهْرُ دارِه إلى زُقاقٍ نافِذٍ ، ففَتَحَ فى حائِطِه بابًا إليه ، جاز ؛ لأنَّه يَرْتَفِقُ بما لم يَتَعَيَّنْ مِلْكُ أَحَدٍ عليه . فإن قِيلَ : هذا فيه إضْرارٌ بأهْلِ الدَّرْبِ ؛ لأنَّه يَجْعَلُه نافِذًا يَسْتَطْرِقُ إليه مِن الشّارِعِ . قُلْنا : لا يَصِيرُ الدَّرْبُ نافِذًا ، وإنَّما تَصِيرُ دارُه نافِذَةً ، وليس لأَحَدٍ اسْتِطْراقُ دارِه .

الإنصاف

جازَ . وهو المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . ويَحْتَمِلُ أنْ لايجوزَ إلَّا بإذْنِهم ، وهو لابنِ عَقِيلٍ ، واخْتارَه بعضُ الأصحابِ .

قوله : وإنْ فتَحَه للاسْتِطْراقِ ، لم يَجُزْ ، إلَّا بإذْنِهم ، فى أَحَدِ الوَجْهَين . وهو المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » وغيرِه .

---

(١) فى م : « لهم » .

(٢ - ٢) فى ر ، ق ، م : « جميعه » .

المقنع

وَلَوْ أَنَّ بَابَهُ فِي آخِرِ الدَّرْب ، مَلَكَ نَقْلَهُ إِلَى أَوَّلِهِ ، وَلَمْ يَمْلِكْ نَقْلَهُ إِلَى دَاخِلٍ مِنْهُ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

١٨٩٤ – مسألة : (ولو كان بابُه فى آخِرِ الدَّرْبِ ، مَلَكَ نَقْلَه إلى أوَّلِه ، و لم يَمْلِكْ نَقْلَه إلى داخِلٍ منه فى أحَدِ الوَجْهَيْن) لأنه إذا نَقَل بابَه إلى ما يَلِى بابَ الدَّرْب ، فقد تَرَكَ بعضَ حَقِّه . ومتى أراد رَدَّ بابِه إلى مَوْضِعِه الأوَّلِ ، كان له ؛ لأنَّ حَقَّه لم يَسْقُطْ . فأمّا إن أراد نَقْلَ بابِه إلى تِلْقاءِ صَدْرِ الزُّقاقِ ، لم يَكُنْ له ذلك . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنه يُقَدِّمُ بابَه إلى موضِعٍ لا اسْتِطْراقَ له فيه . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنه يَجُوزُ ؛ لأنَّه كان له أن يَجْعَلَ بابَه فى أوَّلِ البِناءِ فى أىِّ مَوْضِعٍ شاء ، فتَرْكُه فى مَوْضِعٍ لا يُسْقِطُ حَقَّه ، كما أنَّ تَحْويلَه بعدَ فَتْحِه لا يُسْقِطُه ، ولأنَّ له أن يَرْفَعَ حائِطَه كلَّه ، فلم

الإنصاف

وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . قال فى « الفائقِ » : لم يَجُزْ فى أصحِّ الوَجْهَين . والوَجْهُ الثَّانى ، يجوزُ بغيرِ إذْنِهم .

قوله : ولو أنَّ بابَه فى آخِرِ الدَّرْبِ ، ملَك نَقْلَه إلى أوَّلِه . يعْنِى ، إذا لم يَحْصُلْ ضَرَرٌ [(١)] من فَتْحِه مُحاذِيًا لبابِ غيرِه ونحوِه [(١)] . وهو المذهبُ مُطْلَقًا ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقال فى « التَّرْغِيبِ » : وقيل : لا يجوزُ مُحاذِيًا لبابِ غيرِه . [(١)] فظاهِرُه أنَّه قدَّم الجَوازَ مُطْلَقًا . وهو ضَعِيفٌ [(١)] .

(١ – ١) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

يُمْنَعْ مِن رَفْعِ بعضِه . والأوَّلُ أوْلَى ؛ لأنَّه لا يَلْزَمُ مِن جَوازِ رَفْعِ الحائِطِ جَوازُ الاسْتِطْراقِ ، كالمسألةِ التى قبلَها .

فصل : فإن كان فى الدَّرْبِ بابانِ لرَجُلَيْنِ ؛ أحَدُهما قَرِيبٌ مِن بابِ الزُّقاقِ ، والآخَرُ فى داخِلِه ، فأراد صاحِبُ الدّاخِلِ أن يُحَوِّلَ بابَه ، فله تَحْوِيلُه حيثُ شاء ؛ لأنَّه لا مُنازِعَ له فيما يُجاوِزُ البابَ الأوَّلَ ، إذا قُلْنا : إنَّ صاحِبَ القَرِيبِ ليس له أن يُقَدِّمَه إلى داخِلِ الدَّرْبِ . وإن قُلْنا : له تَقْدِيمُه . جاز لكلِّ واحِدٍ منهما . فإن كان فى داخِلِ الدَّرْبِ بابٌ لثالِثٍ ، فحُكْمُ الأوْسَطِ حُكْمُ الأوَّلِ فيما ذَكَرْناه .

الإنصاف

قوله : ولم يَمْلِكْ نَقْلَه إلى داخِلٍ منه ، فى أحدِ الوَجْهَين . وهو المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . والوَجْهُ الثَّانى ، يجوزُ . قال فى « الحاوِى الكَبِيرِ » : اخْتارَه صاحِبُ « المُغْنِى » ، لكِنْ لا يفْتَحُه قُبالَةَ بابِ غيرِه . نصَّ عليه . وقال ابنُ أبِى مُوسى : يجوزُ ، إنْ سَدَّ البابَ الأوَّلَ . وهو ظاهِرُ نَقْلِ يَعْقُوبَ .

تنبيه : محَلُّ الخِلافِ ، إذا لم يأْذَنْ له مَن فوقَه . فأمَّا إنْ أذِنُوا ، ارْتفعَ الخِلافُ . على الصَّحيحِ . وقيل : لابُدَّ أيضًا مِن إذنِ مَن هو أسْفَلُ منه . وهو بعيدٌ . وحيثُ قُلْنا بالإذْنِ ، وأذِنُوا ، فيكُونُ إعارَةً . قال فى « الفُروعِ » : ويكونُ إعارَةً فى الأشْبَهِ . وكذا قال قبلَه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » .

الشرح الكبير

فصل : إذا كان لرجلٍ دارانِ مُتَلاصِقَتان ، ظَهْرُ كلِّ واحِدةٍ منهما إلى ظَهْرِ الأُخْرَى ، وبابُ كلِّ واحِدةٍ منهما إلى دَرْبٍ غيرِ نافِذٍ ، فرَفَعَ الحاجزَ بينَهما وجَعَلَهما دارًا واحِدةً ، جاز ؛ لأنَّه تَصَرَّفَ فى مِلْكِه المُخْتَصِّ به[1] . وإن فَتَح مِن كلِّ واحِدةٍ منهما بابًا إلى الأُخْرَى ليَتَمَكَّنَ مِنَ[2] التَّطَرُّقِ مِن كلِّ واحِدةٍ منهما إلى كلا [٩٤/٤و] الدَّرْبَيْن ، فقال القاضى : لا يَجُوزُ ؛ لأنَّ ذلك يُثْبِتُ الاسْتِطْراقَ فى الدَّرْبِ الذى لا يَنْفُذُ مِن دارٍ لم يَكُنْ لها فيه طَرِيقٌ ، ولأنَّه رُبَّما أدَّى إلى إثْباتِ الشُّفْعةِ فى قولِ مَن يُثْبِتُها بالطَّرِيقِ لكلِّ واحِدةٍ مِن الدّارَيْن فى زُقاقِ الأُخْرَى . ويَحْتَمِلُ جوازُ ذلك ؛ لأنَّ له رَفْعَ الحاجزِ جَميعِه ، فبَعْضُه أوْلَى . قال شيخُنا[3] : وهذا أشْبَهُ ، وما ذَكَرْناه للمَنْعِ يَنْتَقِضُ بما إذا رَفَع الحائطَ جَمِيعَه . وفى كلِّ مَوْضِعٍ قُلْنا : ليس له فِعْلُه . إذا صالَحَه أهْلُ الدَّرْبِ ، جاز ، وكذلك إن أَذِنوا له بغيرِ عِوَضٍ .

الإنصاف

فوائد ؛ إحْداها ، لو كان لرَجُلٍ داران ؛ ظَهْرُ كلِّ واحِدَةٍ منهما إلى ظَهْرِ الأُخْرَى ، وبابُ كلِّ واحِدَةٍ منهما إلى دَرْبٍ غيرِ نافِذٍ ، فرفَع الحاجِزَ بينَهما ، وجعَلَهما دارًا واحدَةً ، جازَ . وإنْ فتَح مِن كلِّ واحِدَةٍ منهما بابًا إلى الأُخْرَى ؛ ليَتمَكَّنَ مِنَ التَّطَرُّقِ مِن كلِّ واحِدَةٍ منهما إلى كلا الدَّارَيْن ، فقال القاضى : لايجوزُ . وجزَم به فى « المُذْهَبِ » . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . قال فى « الرِّعايَةِ

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « إلى » .

(٣) فى : المغنى ٥١/٧ .

الشرح الكبير

فصل : إذا تنازَعَ صاحِبا[1] البابَيْن فى الدَّرْبِ ، ولم يَكُنْ فيه بابٌ لغيرِهما ، ففيه ثَلاثةُ أوْجُهٍ ؛ أحَدُها ، أنه يُحْكَمُ بالدَّرْبِ مِن أوَّلِه إلى الباب الذى يَلِيه بينَهما ؛ لأنَّ لهما الاسْتِطْراقَ فيه جَمِيعًا ، وما بعدَه إلى صَدْرِ الدَّرْبِ للآخَرِ ؛ لأنَّ الاسْتِطْراقَ فى ذلك له وَحْدَه ، فله اليَدُ والتَّصَرُّفُ . والثّانِى ، أنَّ مِن أوَّلِه إلى أقْصَى حائطِ الأوَّلِ بينَهما ؛ لأنَّ ما يُقابِلُ ذلك لهما التَّصَرُّفُ فيه ، بِناءً على أنَّ للأوَّلِ أن يَفْتَحَ بابَه فيما شاء مِن حائطِه ، والباقِى للثّانِى ؛ لأنَّه ليس بفِناءٍ للأوَّلِ ، ولا له فيه اسْتِطْراقٌ . والثّالِثُ ، يَكُونُ بينَهما ؛ لأنَّ لهم يَدًا وتَصَرُّفًا . وهكذا الحُكْمُ فيما إذا كان لرجلٍ عُلْوُ خانٍ ، ولآخَرَ سُفْلُه ، ولصاحِبِ العُلْوِ دَرَجةٌ فى أثْناءِ صَحْنِ الخانِ ، فاخْتَلَفَا فى الصَّحْنِ ، فالذى مِن الدَّرَجَةِ إلى بابِ الخانِ بينَهما ، وما

الإنصاف

الكُبْرَى » : لم يَجُزْ فى الأصحِّ . قال فى « الصُّغْرَى » : جازَ فى وَجْهٍ . وقيل : يجوزُ . قال المُصَنِّفُ : والأشْبَهُ الجَوازُ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . قال فى « النَّظْمِ » : وهو الأقْوَى . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » . وأطْلَقَهما فى « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الحاوِيَيْن » . الثّانيةُ ، الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ الجارَ يُمْنَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ فى مِلْكِه بما يَضُرُّ بجارِه ؛ كحَفْرِ كَنِيفٍ إلى جَنْبِ حائطِ جارِه ، وبناءِ حَمَّامٍ إلى جَنْبِ دارِه ، يتأذَّى بذلك ، ونَصْبِ تَنُّورٍ يتأذَّى باسْتِدامَةِ دُخانِه ، وعمَلِ دُكّانِ قِصارَةٍ وحِدادَةٍ ، يتأذَّى بكَثْرَةِ دَقِّه ، أو رَحًى ، أو حَفْرِ بِئْرٍ يَنْقَطِعُ به ماءُ بِئْرِ جارِه ، (2) ونحوِ ذلك . وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى(2)

---

(1) فى الأصل ، ر ١ ، ر ، ق : « صاحب » .
(٢ - ٢) سقط من : الأصل ، ط .

الشرح الكبير

[1]وراءَ ذلك[1] إلى صَدْرِ الخانِ على الوَجْهَيْنِ . فإن كانتِ الدَّرَجةُ فى صَدْرِ الصَّحْنِ ، فالصَّحنُ بينَهما ؛ لوُجُودِ اليَدِ والتَّصَرُّفِ منهما جَمِيعًا . فعلى الوَجْهِ الذى يَقُولُ : إنَّ صَدْرَ الدَّرْبِ مُخْتَصٌّ بصاحِبِ البابِ الصَّدْرانِىِّ . له أن يَسْتَبِدَّ بما يَخْتَصُّ به منه ، بأن يَجْعَلَه دِهْلِيزًا لنَفْسِه ، أو يُدْخِلَه فى دارِه على وَجْهٍ لا يَضُرُّ بجارِه . ولا يَضَعُ على حائِطِه شيئًا ؛ لأنَّ ذلك مِلْكٌ له يَنْفَرِدُ به .

الإنصاف

[2]«المُحَرَّرِ» وغيرِه. وقدَّمه فى «المُغْنِى»، و «الشَّرْحِ»، و «الرِّعايتَيْــنِ»، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . فإنْ حفَر بِئْرًا فى مِلْكِه ، فانْقَطَعَ ماءُ بِئْرِ جارِه[2] ، أُمِرَ بسَدِّها ؛ ليَعُودَ ماءُ البِئْرِ الأَوَّلَةِ . على الصَّحيحِ . فإنْ لم يَعُدْ ، كُلِّفَ صاحِبُ البِئْرِ الأَوَّلَةِ حَفْرَ البِئْرِ التى سُدَّتْ لأَجْلِه مِن مالِه . وعنه ، لا يُكَلَّفُ سَدَّ بِئْرِه ، ولو انْقَطَعَ ماءُ بِئْرِ جارِه . قال القاضى : فيُخَرَّجُ فى المَسائلِ التى قبلَها ؛ مِنَ الحَمَّامِ ، والتَّنُّورِ ، ودُكَّانِ القِصارَةِ ، والحِدادَةِ ، ونحوِها ، رِوايَتان . قال ابنُ رَزِينٍ : عدَمُ المَنْعِ فى الجَميعِ أَقْيَسُ . وقال فى « التَّلْخيصِ » ، فى بابِ إحْياءِ المَواتِ : يُمْنَعُ مِن ذلك . ثم قال : وفيه رِوايَةٌ أُخْرَى ، لا يُمْنَعُ [١٣٢/٢و] مِن ذلك . اختارَه أبو بَكْرٍ ، ذكَرَه أبو إسْحاقَ فى « تَعاليقِه » عنه . وأَطْلَقَ الرِّوايتَيْن فى الجَميعِ فى « الفائقِ » . الثَّالثَةُ ، لوِ ادَّعَى أنَّ بِئْرَه فسَدَتْ مِن خَلاءِ جارِه ، أو بالُوعَتِه ، طُرِحَ فى الخَلاءِ أو البالُوعَةِ نِفْطٌ ؛ فإنْ لم يَظْهَرْ طَعْمُ النِّفْطِ ولا رائِحَتُه فى البِئْرِ ، عُلِمَ أنَّ فَسادَها بغيرِ ذلك . وإنْ ظهَر طَعْمُه أو رائِحَتُه فيها ، كُلِّفَ صاحِبُ الخَلاءِ والبالُوعَةِ نَقْلَ ذلك ، إنْ لم يُمْكِنْ إصْلاحُها . هذا إذا كانتِ البِئْرُ أَقْدَمَ منهما .

(١ – ١) فى م : « زاد على ذلك » .

(٢ – ٢) سقط من : الأصل ، ط .

المقنع

وَلَيْسَ [١١٥ظ] لَهُ أَنْ يَفْتَحَ فِي حَائِطِ جَارِهِ ، وَلَا فِي الْحَائِطِ الْمُشْتَرَكِ رَوْزَنَةً وَلَا طَاقًا ، إِلَّا بِإِذْنِ صَاحِبِه .

الشرح الكبير

١٨٩٥ – مسألة : (وليس له أن يَفْتَحَ فى حائِطِ جارِه ، ولا الحائطِ المُشْتَرَكِ رَوْزَنةً[١] ولا طاقًا بغيرِ إذْنِ صاحِبه) لأنَّ ذلك انْتِفاعٌ بمِلْكِ

الإنصاف

وعلى الرِّوايَةِ الأُخْرَى ، لايَلْزَمُ مالِكَ الخَلاءِ والبالوعَةِ تَغْيِيرُ ما عَمِلَه فى مِلْكِه بحالٍ . قالَه فى « الحاوِيَيْن » وغيرِه . الرَّابعةُ ، ليس له مَنْعُه مِن تَعْلِيَةِ دارِه ، فى ظاهِرِ ما ذكَرَه المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، ولو أفْضَى إلى سَدِّ الفَضاءِ عن جارِه . قالَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . وقال فى « الفُروعِ » : ويَتَوَجَّهُ مِن قَوْلِ أحمدَ : لاضَرَرَ ولا ضِرارَ . مَنْعُه . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : ليس له مَنْعُه ؛ خَوْفًا مِن نَقْصِ أُجْرَةِ مِلْكِه ، بلا نِزاعٍ . وقد قال فى « الفُنُونِ » : مَن أحْدَثَ فى دارِه دِباغَ الجُلودِ ، أو عمَلَ الصَّحْناةِ[٢] ، يَحْتَمِلُ المَنْعَ . وقال ابنُ عَقِيلٍ أيضًا : لا يجوزُ أنْ يُحْدِثَ فى مِلْكِه قَناةً تَنِزُّ إلى حِيطانِ النَّاسِ .

قوله : وليس له أنْ يَفْتَحَ فى حائطِ جارِه ، ولا الحائطِ المُشْتَرَكِ رَوْزَنَةً ، ولا طاقًا ، إلَّا بإذْنِ صاحِبه . يَحْرُمُ عليه التَّصَرُّفُ فى ذلك حتى بضَرْبِ وَتَدٍ ، ولا يُحْدِثُ سُتْرَةً . قال فى « الفُروعِ » : ذكَرَه جماعَةٌ . وحمَلَ القاضى قَوْلَ أحمدَ : يَلْزَمُ الشَّرِيكَ النَّفَقَةُ مع شَرِيكِه على السُّتْرَةِ . على سُتْرَةٍ قَدِيمَةٍ انْهدَمَتْ . واخْتارَ فى « المُسْتَوْعِبِ » وُجوبَها مُطْلَقًا على نصِّه ، فقال : وعندِى ، أنَّ السُّتْرَةَ واجِبَةٌ على كلِّ حالٍ ، على ما نصَّ عليه مِن وُجوبِها .

---

(١) الروزنة : الكوة النافذة .

(٢) إدام يتخذ من السمك الصغار .

المقنع وَلَيْسَ لَهُ وَضْعُ خَشَبِهِ عَلَيْهِ إِلَّا عِنْدَ الضَّرُورَةِ ، بِأَنْ لَا يُمْكِنَهُ التَّسْقِيفُ إِلَّا بِهِ .

الشرح الكبير غيرِه وتَصَرُّفٌ فيه بما [1] يَضُرُّ به [1] . وكذلك لا يَجُوزُ أن يَغرِزَ فيه وَتِدًا ، ولا يُحْدِثَ عليه حائِطًا ولا سُتْرَةً ، ولا يَتَصَرَّفَ فيه نَوْعَ تَصَرُّفٍ ؛ لأنَّه يَضُرُّ بحائِطِ غيرِه ، فهو كنَقْضِه . وإن صالَحَه عن [2] ذلك بعِوَضٍ ، جاز . فأمّا الاسْتِنادُ إليه وإسْنادُ شيءٍ لا يَضُرُّه ، فلا بَأْسَ به ؛ لكَوْنِه لا مَضَرَّةَ فيه ، ولا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ منه ، أشْبَهَ الاسْتِظْلالَ به .

١٨٩٦ - مسألة : (وليس له وَضْعُ خَشَبِه عليه إلَّا عندَ الضَّرُورةِ ، بأن لا يُمْكِنَه التَّسْقِيفُ إلَّا به) أمّا وَضْعُ خَشَبِه عليه ، فلا يَجُوزُ إذا كان يَضُرُّ بالحائطِ ، لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لقَوْلِ النبيِّ ﷺ : [٩٤/٤ظ] : « لا

الإنصاف **فائدة** : يَلْزَمُ الأعْلَى بِناءُ سُتْرَةٍ تَمْنَعُ مُشارَفَةَ الأسْفَلِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . ونقَلَه ابنُ مَنْصُورٍ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « تَجْرِيدِ العِنايَةِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وقيل : يُشارِكُه الأسْفَلُ . وأمَّا إذا تَساوَيا ، فإنَّ المُمْتَنِعَ يُلْزَمُ بالمُشارَكَةِ .

قوله : وليس له وَضْعُ خَشَبِه عليه - يعْنِى ، على حائطِ جارِه ، أو الحائطِ المُشْتَرَكِ - إلَّا عندَ الضَّرُورَةِ ، بأنْ لا يُمْكِنَه التَّسْقِيفُ إلَّا به . إذا أرادَ أنْ يضَعَ

(١ - ١) فى م : « يضره » .
(٢) فى م : « على » .

الشرح الكبير

ضَرَرَ ولا ضِرَارَ[1] » . وإن كان لا يَضُرُّ به إلَّا أنَّ به عنه غِنًى لإمْكانِ وَضْعِه على غيرِه ، فقال أكْثَرُ أصْحابِنا : لا يَجُوزُ أيضًا . وهو قولُ الشافعيِّ ، وأبى ثَوْرٍ ؛ لأنَّه انْتِفاعٌ بِمِلْكِ غيرِه بغيرِ إذْنِه مِن غيرِ ضَرُورَةٍ ، فلم يَجُزْ ، كبِناءِ حائِطٍ عليه . واخْتارَ ابنُ عَقِيلٍ جَوازَه ؛ لِما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « لَا يَمْنَعُ أحَدُكُم جَارَهُ أنْ يَضَعَ خَشَبَهُ عَلَى جِدَارِهِ » . مُتَّفَقٌ عليه[2] . ولأنَّ ما أُبِيحَ للحاجَةِ العامَّةِ لم يُعْتَبَرْ فيه حَقِيقَةُ الحاجَةِ ، كالشُّفْعَةِ ، والفَسْخِ بالخِيارِ أو بالعَيْبِ ، واتِّخاذِ الكَلْبِ للصَّيْدِ ، وإباحَةِ السَّلَمِ ، ورُخَصِ السَّفَرِ ، وغيرِ ذلك . فأمّا إن دَعَتِ

الإنصاف

خشَبَه على جِدارِ جارِه ، أوِ الجِدارِ المُشْتَرَكِ ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أنْ يتَضَرَّرَ الحائطُ بذلك ، أو لا ؛ فإنْ تَضَرَّرَ بذلك ، مُنِعَ . بلا نِزاعٍ . وإنْ لم يتَضَرَّرْ ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ صاحِبُ الخَشَبِ مُسْتَغْنِيًا عن ذلك ؛ لإمْكانِه وَضْعُه على غيرِه ، أو لا ؛ فإنْ كان مُسْتَغْنِيًا عن وَضْعِه ، وأرادَ وَضْعَه عليه ، مُنِعَ منه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : عليه أكثرُ الأصحابِ . وقدَّمه

---

(1) فى ر ، ق : « إضرار » .
والحديث تقدم تخريجه فى ٦/٣٦٨ .

(2) أخرجه البخارى ، فى : باب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة فى جداره ، من كتاب المظالم ، وفى : باب الشرب من فم السقاء ، من كتاب الأشربة . صحيح البخارى ٣ / ١٧٣ ، ٧ / ١٤٥ . ومسلم ، فى : باب غرز الخشب فى جدار الجار ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١٢٣٠ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب أبواب من القضاء ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢ / ٢٨٣ . والترمذى ، فى : باب فى الرجل يضع على حائط خشبا ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ١٠٥ . وابن ماجه ، فى : باب الرجل يضع خشبة على جدار جاره ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٨٣ . والإمام مالك ، فى : باب القضاء فى المرفق ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢ / ٧٤٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٢٤٠ ، ٢٧٤ .

الشرح الكبير

الحاجَةُ إلى وَضْعِه على جِدارِ جارِه ، أو الحائطِ المُشْتَرَكِ ، بحيث لا يُمْكِنُه التَّسْقِيفُ إلَّا به ، فإنَّه يَجُوزُ وَضْعُه بغيرِ إذْنِ الشَّرِيكِ . وهو قولُ الشافعىِّ[1] القَدِيمُ . وقال فى الجَدِيدِ : ليس له وَضْعُه . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، ومالكٍ[2] ؛ لأنَّه انْتِفاعٌ بمِلْكِ غيرِه مِن غيرِ ضَرُورَةٍ ، فلم يَجُزْ ، كزِراعَتِه . ولَنا ، الخَبَرُ ، ولأنَّه انْتِفاعٌ بحائطِ جارِه على وَجْهٍ لا يَضُرُّ به ، أشْبَهَ الاسْتِنادَ إليه والاسْتِظْلالَ به . ويُفارِقُ الزَّرْعَ ، فإنَّه يَضُرُّ ، ولم تَدْعُ إليه حاجَةٌ . إذا ثَبَت هذا ، فاشْتَرَطَ القاضى وأبو الخَطَّابِ للجَوازِ

الإنصاف

فى « الفُروعِ » . وصحَّحه فى « الرِّعايَةِ » وغيرِها . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقال ابنُ عَقِيلٍ : يجوزُ . وأطْلَقَ أحمدُ الجَوازَ ، وكذا صاحِبُ « المُحَرَّرِ » وغيرُه . وإنْ لم يكُنْ مُسْتَغْنِيًا ، ودَعَتِ الضَّرُورَةُ إلى ذلك عندَ الأكثرِ - وفى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، ودَعَتِ الحاجَةُ إلى ذلك - فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، له وَضْعُه عليه . نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وهو مِنَ المُفْرَداتِ . فعلى هذا ، لايجوزُ لرَبِّ الجِدارِ مَنْعُه ، وإنْ منَعَه ، أجْبَرَه الحاكِمُ . وقد نصَّ الإمامُ أحمدُ على عدَمِ اعْتِبارِ إذْنِه فى الوَضْعِ ، ولو صالَحَه عنه بشىءٍ ، جازَ . قال فى « الرِّعايَةِ » : جازَ فى الأصحِّ . انتهى . وقيل : لايجوزُ له وَضْعُه بغيرِ إذْنِه . وخرَّجَه أبو الخَطَّابِ مِن رِوايَةِ المَنْعِ مِن وَضْعِه على جِدارِ المَسْجِدِ . وهو قَوْلُ المُصَنِّفِ . وهذا تَنْبِيهٌ على أنَّه لايَضَعُه على جِدارِ جارِه ؛ لأنَّ

---

(١) بعده فى م : « فى » .

(٢) زيادة من : م .

الشرح الكبير

أن يكونَ له حائِطٌ واحِدٌ ولجارِه ثَلاثَةُ حَوائِطَ . وليس هذا فى كلامِ أحمدَ ، إنَّما قال ، فى رِوايَةِ أبى داودَ : لا يَمْنَعُه إذا لم يَكُنْ فيه ضَرَرٌ ، وكان الحائطُ يَبْقَى . ولأنَّه قد يَمْتَنِعُ التَّسْقِيفُ على حائِطَيْن إذا كانا غيرَ مُتَقابِلَيْن ، أو كان البيتُ واسعًا يَحْتاجُ إلى(١) أن يَجْعَلَ فيه(٢) جِسْرًا ثم يَضَعَ الخَشَبَ على ذلك الجِسْرِ . قال شيخُنا(٣) : والأَوْلَى اعْتِبارُه بما ذَكَرْنا مِن امْتِناعِ التَّسْقِيفِ بدُونِه . ولا فَرْقَ فيما ذَكَرْنا بينَ البالِغِ واليَتِيمِ ، والعاقِلِ والمَجْنُونِ ؛ لِما ذَكَرْنا .

الإنصاف

له فى المَسْجِدِ حقًّا ، وحقُّ اللهِ مَبْنِىٌّ على المُساهَلَةِ . وكذا قال فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الحاوِيَيْن » .

فائدة : ذكَر أكثرُ الأصحابِ الضَّرُورَةَ ، مِثْلَ أنْ يكونَ للجارِ ثَلاثَةُ جُدُرٍ ، وله جِدارٌ واحدٌ(٤) ؛ منهم القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . وجزَم به فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايَةِ » . وقال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : وليس هذا فى كلامِ أحمدَ ، إنَّما قال فى رِوايَةِ أبى داودَ : لا يَمْنَعُه إذا لم يكُنْ ضَرَرٌ ، وكان الحائطُ يَبْقَى . ولأنَّه قد يَمْتَنِعُ التَّسْقِيفُ على حائطَين ، إذا كانا غيرَ مُتَقابِلَين ، أو كان البَيْتُ واسِعًا يَحْتاجُ أنْ يَجْعل فيه جِسْرًا ، ثم يضَعَ الخَشَبَ على ذلك الجِسْرِ . قال المُصَنِّفُ : والأَوْلَى اعْتِبارُه بما ذَكَرْنا ، مِنِ امْتِناعِ التَّسْقِيفِ بدُونِه . ولا فَرْقَ [٢/١٣٢ظ] فيما ذَكَرْنا بينَ البالِغِ واليَتِيمِ والعاقلِ والمَجْنُونِ .

---

(١) سقط من : الأصل ، ر ١ .

(٢) فى م : « عليه » .

(٣) فى : المغنى ٧/٣٦ .

(٤) فى ط : « أوجد » .

المقنع

وَعَنْهُ ، لَيْسَ لَهُ وَضْعُ خَشَبِهِ عَلَى جِدَارِ الْمَسْجِدِ . وَهَذَا تَنْبِيهٌ عَلَى أَنَّهُ لَا يَضَعُ عَلَى جِدَارِ جَارِهِ .

الشرح الكبير

١٨٩٧ – مسألة : (وعنه ، ليس له وَضْعُ خَشَبِه على جِدارِ المَسْجِدِ . وهذا تَنْبيهٌ على أنَّه لا يَضَعُه على جِدارِ جارِه) اخْتَلَفتِ الرِّوايَةُ عن أحمدَ فى وَضْعِ خَشَبِه على جِدارِ المَسْجِدِ مع وُجُودِ الشَّرْطَيْن ، فعنه ، الجَوازُ ؛ لأنَّه إذا جاز وَضْعُه فى مِلْكِ الجارِ مع أنَّ حَقَّه مَبْنِيٌّ على الشُّحِّ والضِّيقِ ، ففى حُقُوقِ اللهِ تعالى المَبْنِيَّةِ على المُسامَحَةِ أوْلَى . وعنه ، لا يَجُوزُ . نَقَلَها عنه أبو طالِبٍ ؛ لأنَّ القِياسَ يَقْتَضِى المَنْعَ فى حَقِّ الكلِّ ، تُرِك فى حَقِّ الجارِ للخَبَرِ الوارِدِ فيه ، فوَجَبَ البَقاءُ فى غيرِه على مُقْتَضَى القِياسِ . اخْتارَه أبو بكرٍ . وخَرَّجَ أبو الخَطّابِ مِن هذه الرِّوايةِ وَجْهًا للمَنْعِ مِن وَضْعِ الخَشَبِ فى مِلْكِ الجارِ ؛ لأنَّه إذا مُنِع مِن وَضْعِ الخَشَبِ فى الجِدارِ المُشْتَرَكِ بينَ المسلمين وللواضِعِ فيه حَقٌّ ، فَلَأن يُمْنَعَ من المِلْكِ المُخْتَصِّ بغيرِه [٩٥/٤و] أوْلَى . ولأنَّه إذا مُنِع فى حَقِّ اللهِ تعالى مع أنَّه مَبْنِيٌّ

الإنصاف

تنبيه : ظاهِرُ قوْلِه : وعنه ، ليس له وَضْعُ خَشَبِه على جِدارِ المَسْجِدِ . (١) أنَّ المُقَدَّمَ جوازُ (١) وَضْعِه عليه ، وهو ظاهِرُ ماقدَّمه فى « الحاوِيَيْن » ، وهو إحْدَى الرِّوايتَيْن أوِ الوَجْهَين . وهو المذهبُ عندَ ابنِ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » . وهو احْتِمالٌ فى « المُذْهَبِ » . والرِّوايَةُ الأُخْرَى ، ليس له وَضْعُه على جِدارِ المَسْجِدِ ، وإنْ جازَ وَضْعُه على جِدارِ غيرِه . وهى التى ذكَرَها المُصَنِّفُ هنا . واخْتارَها أبو بَكْرٍ ، وأبو محمدٍ الجَوْزِىُّ . وصحَّحه فى « الرِّعايتَيْن » . وجزَم

(١ – ١) سقط من : الأصل ، ط .

الشرح الكبير

على المُسامَحَةِ ؛ لِغِنَى اللهِ تعالى وكَرَمِه ، فَلأن يُمْنَعَ فى حَقِّ الآدَمِىِّ مع شُحِّه وضِيقِه أوْلَى . والمَذْهَبُ الأوَّلُ . فإن قِيلَ : فلِمَ لا تُجيزُون فَتْحَ الطّاقِ والبابِ فى الحائطِ ، قِياسًا على وَضْعِ الخَشَبِ ؟ قُلْنا : الخَشَبُ يُمْسِكُ الحائِطَ ويَنْفَعُه ، بخِلافِ الطّاقِ والبابِ ، فإنَّه يُضْعِفُ الحائِطَ ؛ لأنَّه[1] يَبْقَى مَفْتُوحًا ، والذى يَفْتَحُه للخَشَبةِ يَسُدُّه بها ، ولأنَّ وَضْعَ الخَشَبِ تَدْعُو إليه الحاجَةُ ، بخِلافِ[2] غيرِه .

الإنصاف

به فى « الخُلاصَةِ » . وقدَّمه فى « المُذْهَبِ » . وأطْلَقهما فى « التَّلْخيصِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الكافِى » .

فوائد ؛ إحْداها ، لو كان له حقُّ ماءٍ يَجْرِى على سَطْحِ جارِه ، لم يَجُزْ له تَعْلِيَةُ سَطْحِه ليَمْنَعَ الماءَ . ذكَرَه ابنُ عَقِيلٍ وغيرُه . وليس له تَعْلِيَتُه لكَثْرَةِ ضَرَرِه . الثَّانيةُ ، يجوزُ له الاسْتِنادُ إلى حائطِ جارِه وإسْنادُ قُماشِه إليه . وذكَر فى « النِّهايَةِ » فى مَنْعِه احْتِمالَين . وله الجُلوسُ[3] فى ظِلِّه ، ونظَرُه فى ضَوْءِ سِراجِه . ونقَل المَرُّوذِىُّ ، يَسْتَأْذِنُه ، أعْجَبُ إلَىَّ ، فإنْ منَعَه ، حاكَمَه . ونقَل جَعْفَرٌ ، قيلَ له : أيَضَعُه ، ولا يَسْتَأْذِنُه ؟ قال : نعم ، أيش يَسْتَأْذِنُه ؟ قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : العَيْنُ والمَنْفَعَةُ التى لا قِيمَةَ لها عادةً ، لايَصِحُّ أنْ يرِدَ عليها عقدُ بَيْعٍ وإجارَةٍ اتِّفاقًا ، كمَسْألَتِنا . الثَّالثةُ ، لو ملَك وَضْعَ خَشَبِه على حائطٍ ، فزالَ بسُقوطِه ، أو قَلْعِه ، أو سُقوطِ

---

(١) فى الأصل : « لا » .
(٢) فى م : « دون » .
(٣) فى ط : « الحلول » .

الشرح الكبير

فصل : ومَن مَلَك وَضْعَ خَشَبِه على حائِطٍ ، فزال لسُقُوطِه ، أو قَلْعِه[1] ، أو سُقُوطِ الحائِطِ ، ثم أُعِيدَ ، فله إعادَةُ خَشَبِه ؛ لأنَّ السَّبَبَ المُجَوِّزَ لوَضْعِه مُسْتَمِرٌّ ، فاسْتَمَرَّ الاسْتِحقاقُ . وإن زال السَّبَبُ ، مثل أن خشِىَ على الحائِطِ مِن وَضْعِه عليه ، أو اسْتَغْنَى عن وَضْعِه ، لم تَجُزْ إعادَتُه ؛ لزَوالِ السَّبَبِ المُبيحِ . فإن خِيفَ سُقُوطُ الحائِطِ بعدَ وَضْعِه عليه ، لَزِم إزالَتُه ؛ لأنَّه يَضُرُّ بالمالِكِ . وإن لم يُخَفْ عليه ، لكن اسْتُغْنِىَ عن إبْقائِه عليه ، لم تَلْزَمْه إزالَتُه ؛ لأنَّ فى إزالَتِه ضَرَرًا بصاحِبِه ، ولا ضَرَرَ على صاحِبِ الحائِطِ فى إبْقائِه ، بخِلافِ ما لو خَشِىَ سُقُوطَه .

الإنصاف

الحائِطِ ، ثم أُعِيدَ ، فله إعادَةُ خَشَبِه ، إنْ حصَل له ضَرَرٌ بتَرْكِه ، و لم يُخْشَ على الحائطِ مِن وَضْعِه عليه ، وإنْ خِيفَ سُقوطُ الحائطِ بعدَ وَضْعِه عليه ، لَزِمَ إزالَتُه . الرَّابعةُ ، لو كانَ له وَضْعُ خشَبِه على جِدارِ غيرِه ، لم يَمْلِكْ إجارَتَه ، ولا إعارَتَه ، ولا يَمْلِكُ أيضًا بَيْعَه ، ولا المُصالَحَةَ عنه للمالِكِ ولا لغيرِه . ولو أرادَ صاحِبُ الحائطِ إعارَتَه أو إجارَتَه ، على وَجْهٍ يَمْنَعُ هذا المُسْتَحِقَّ مِن وَضْعِ خَشَبِه ، لم يَمْلِكْ ذلك . فيُعايَى بها . ولو أرادَ هَدْمَ الحائطِ مِن غيرِ حاجَةٍ ، لم يَمْلِكْ ذلك . الخامسةُ ، لو أذِنَ صاحِبُ الحائطِ لجارِه فى البِناءِ على حائطِه ، أو وَضْعِ سُتْرَةٍ عليه ، أو وَضْعِ خَشَبِه عليه فى المَوْضِعِ الذى يَسْتَحِقُّ وَضْعُه ، جازَ ، وصارَتْ عارِيَّةً لازِمَةً ، يأْتِى حُكْمُها فى بابِ العارِيَّةِ . وإنْ أذِنَ فى ذلك بأُجْرَةٍ ، جازَ . سواءٌ كانتْ إجارَةً أو صُلْحًا ، على وَضْعِه على التَّأْبِيدِ ، ومتى زالَ فله إعادَتُه[2] . ويُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ البِناءِ

---

(١) فى الأصل : « فعله » .

(٢) فى ط : « إعارته » .

الشرح الكبير

فصل : وإذا كان له وَضْعُ خَشَبِه على جِدارِ غيرِه ، لم يَمْلِكْ إجارَتَه ولا إعارَتَه ؛ لأنَّه إنَّما مَلَكَ ذلك لحاجَتِه الماسَّةِ إلى وَضْعِ خَشَبِه ، ولا حاجَةَ له[1] إلى وَضْعِ خَشَبِ غيرِه ، فلم يَمْلِكْه . وكذلك لا يَمْلِكُ بَيْعَ حَقِّه مَن وَضَعَ خَشَبَه ، ولا المُصَالَحةَ عنه للمالِكِ ولا لغيرِه ؛ لأنَّه أُبِيحَ له مِن حَقِّ غيرِه لحاجَتِه ، فلم يَجُزْ له ذلك فيه ، كطَعامِ غيرِه إذا أُبِيحَ له فى حالِ الضَّرُورَةِ . ولو أراد صاحِبُ الحائِطِ إعارَةَ الحائِطِ أو إجارَتَه ، على وَجْهٍ يَمْنَعُ هذا المُسْتَحِقَّ مِن وَضْعِ خَشَبِه ، لم يَمْلِكْ ذلك ؛ لأنَّه وَسِيلةٌ إلى مَنْعِ ذى الحَقِّ مِن حَقِّه ، فلم يَمْلِكْه ، كمَنْعِه . ولو أراد هَدْمَ الحائِطِ لغيرِ حاجَةٍ ، لم يَمْلِكْ ذلك ؛ لِما فيه مِن تَفْوِيتِ الحَقِّ . وإنِ احْتاجَ إلى ذلك للخَوْفِ مِن انْهِدامِه أو لتَحْوِيلِه إلى مكانٍ آخَرَ ، أو لغَرَضٍ صَحِيحٍ ، مَلَك ذلك ؛ لأنَّ صاحِبَ الخَشَبِ إنَّما يَثْبُتُ حَقُّه للإرْفاقِ به مَشْرُوطًا بعَدَمِ الضَّرَرِ بصاحِبِ الحائِطِ ، فمتى أفْضَى إلى الضَّرَرِ ، زال الاسْتِحْقاقُ ؛ لزَوالِ شَرْطِه .

فصل : فإن أذِنَ صاحِبُ الحائِطِ لجارِه فى البِناءِ على حائِطِه ، أو وَضْعِ سُتْرَةٍ عليه ، أو وَضْعِ خَشَبِه عليه فى المَوْضِعِ الذى لا يَسْتَحِقُّ وَضْعَه ، جاز ؛ لأنَّ الحَقَّ له ، فجاز بإذْنِه . فإذا فَعَل ما أُذِنَ فيه ، صارَتِ العارِيَّةُ لازِمةً ، تُذْكَرُ فى باب العارِيَّةِ .

الإنصاف

والعَرْضِ والطُّولِ ، والسُّمْكِ والآلاتِ . السَّادسةُ ، لو وجَد بِناءَه أو خَشَبَه على

---

(1) سقط من : ر ١ ، م .

الشرح الكبير

فصل : وإن أذِنَ له فى وَضْعِ خَشَبِه ، أو البِناءِ على جِدارِه بعِوَضٍ ، جاز ، سَواءٌ كان إجارَةً فى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، أو صُلْحًا على وَضْعِه على التَّأْبيدِ . ومتى زال ، فله إعادَتُه ، سَواءٌ زال [٤/٩٥ظ] لسُقُوطِه ، أو سُقُوطِ الحائِطِ ، أو غيرِ ذلك ؛ لأنَّه اسْتَحَقَّ إبْقاءَه بعِوَضٍ . ويَحْتاجُ أن يكونَ البِناءُ مَعْلُومَ العَرْضِ والطُّولِ ، والسُّمْكِ ، والآلاتِ مِن الطِّينِ واللَّبِنِ (١)أو الطِّينِ(١) والآجُرِّ ، وما أشْبَهَ ذلك ؛ لأنَّ هذا يَخْتَلِفُ فيُحْتاجُ إلى مَعْرِفَتِه . وإذا سَقَط الحائِطُ الذى عليه البِناءُ[٢] أو الخَشَبُ ، فى أثْناءِ مُدَّةِ الإجارَةِ ، سُقُوطًا لا يَعُودُ ، انْفَسَخَتِ الإجارَةُ فيما بَقِىَ مِن المُدَّةِ ، ورَجع مِن الأُجْرةِ بقِسْطِ ما بَقِىَ مِن المُدَّةِ . وإن أُعِيدَ ، رَجَع مِن الأُجْرةِ بقَدْرِ المُدَّةِ التى سَقَط البِناءُ والخَشَبُ عنه . وإن صالَحَه مالِكُ الحائِطِ على رَفْعِ خَشَبِه أو بِنائِه بشىءٍ مَعْلُومٍ ، جاز ، كما يَجُوزُ الصُّلْحُ على وَضْعِه ، سَواءٌ كان ما صالَحَه به مِثْلَ العِوَضِ الذى صُولِحَ به على وَضْعِه ، أو أقلَّ أو أكْثَرَ ؛ لأنَّ هذا عِوَضٌ عن المَنْفَعةِ المُسْتَحَقَّةِ له . وكذلك لو كان له مَسِيلٌ فى أرْضِ غيرِه ، أو مِيزابٌ ، أو غيرُه ، فصالَحَ صاحِبُ الأرْضِ مُسْتَحِقَّ ذلك بعِوَضٍ ليُزِيلَه عنه ، جاز ، وإن كان الخَشَبُ أو الحائِطُ قد سَقَط ، فصالَحَه بشىءٍ على أن لا يُعِيدَه ، جاز ؛ لأنَّه لَمّا جاز أن يَبِيعَ ذلك منه ، جاز أن يُصالِحَ عنه ؛ لأنَّ الصُّلْحَ بَيْعٌ .

الإنصاف

حائِطٍ مُشْتَرَكٍ ، أو حائطِ جارِه ، ولم يَعْلَمْ سببَه ، فمتى زالَ ، فله إعادَتُه . وكذا

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) فى الأصل : « أو البناء » .

الشرح الكبير

فصل : وإذا وَجد بِناءَه أو خَشَبَه على حائطٍ مُشْتَرَكٍ ، أو حائطِ جارِه ، ولم يَعْلَمْ سَبَبَه ، فمتى زال فله إعادَتُه ؛ لأنَّ الظّاهِرَ أنَّ هذا الوَضْعَ بحَقٍّ مِن صُلْحٍ أو غيرِه ، فلا يَزُولُ هذا الظّاهِرُ حتى يُعْلَمَ خِلَافُه . وكذلك لو وَجد مَسِيلَ مائِه فى أرْضِ غيرِه ، (1)أو مَجْرَى ماءِ سَطْحِه على سَطْحِ غيرِه(1) ، وما أشْبَهَ هذا ، فهو له ؛ لأنَّ الظّاهِرَ أنَّه له بحَقٍّ ، فجَرَى مَجْرَى اليَدِ الثّابِتَةِ . ومتى اخْتَلَفَا فى ذلك ، هل هو بحَقٍّ أو بعُدْوانٍ ؟ فالقَوْلُ قولُ صاحِبِ الخَشَبِ والبِناءِ والمَسِيلِ مع يَمِينِه ؛ لأنَّ الظّاهِرَ معه .

فصل : وإذا ادَّعَى رجلٌ دارًا فى يَدِ أخَوَيْن ، فأنْكَرَه أحَدُهما ، وأقَرَّ له الآخَرُ ، ثم صالَحَه على ما أقَرَّ له بعِوَضٍ ، صَحَّ الصُّلْحُ ، ولأخِيه الأخْذُ بالشُّفْعةِ . ويَحْتَمِلُ أن يُفَرَّقَ بينَ ما إذا كان الإنْكارُ مُطْلَقًا ، وبينَ ما إذا قال : هذه لَنا وَرِثْناها جَمِيعًا عن أبِينا أو أخِينا . فيُقالُ : إذا كان الإنْكارُ مُطْلَقًا ، كان له الأخْذُ بالشُّفْعةِ . وإن قال : وَرِثْناها . فلا شُفْعةَ له ؛ لأنَّ المُنْكِرَ يَزْعُمُ أنَّ المِلْكَ لأخِيه المُقِرِّ لم يَزُلْ ، وأنَّ الصُّلْحَ باطِلٌ ، فيُؤاخَذُ بذلك ، فلا يَسْتَحِقُّ[2] شُفْعةً . ووَجْهُ الأوَّلِ ، أنَّ المِلْكَ ثَبَت للمُدَّعِى حُكْمًا ، وقد رَجَع إلى المُقِرِّ بالبَيْعِ ، وهو مُعْتَرِفٌ بأنَّه بَيْعٌ صَحِيحٌ ، فتَثْبُتُ فيه الشُّفْعَةُ ، كما لو كان الإنْكارُ مُطْلَقًا . ويَجُوزُ أن يكون نَصِيبُ المُقِرِّ

الإنصاف

لو وجَد مَسِيلَ ماءٍ يَجْرِى فى أرْضِ غيرِه ، أو مَجْرَى ماءِ سَطْحِه على سَطْحِ غيرِه ، وما أشْبَهَه . فإنِ اخْتَلَفا ، فالقَوْلُ قوْلُ صاحِبِ الخَشَبِ ، ونحوِه .

(1 - 1) سقط من : م .

(2) بعده فى م : « به » .

المقنع

وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا حَائِطٌ فَانْهَدَمَ ، فَطَالَبَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ بِبِنَائِهِ مَعَهُ ، أُجْبِرَ عَلَيْهِ . وَعَنْهُ ، لَا يُجْبَرُ ، ....

الشرح الكبير

انْتَقَلَ إلى المُدَّعِى بِبَيْعٍ أو هِبَةٍ أو سَبَبٍ مِن الأسْبابِ ، فلا يَتنافَى إنْكارُ المُنْكِرِ وإقْرارُ المُقِرِّ ، كحالَةِ إطْلاقِ الإنْكارِ . وهذا أصَحُّ .

[٤/٩٦و] **١٨٩٨** - مسألة : (وإن كان بينهما حائِطٌ فانْهَدَمَ ، فطالَبَ أحَدُهما صاحِبَه ببنائِه ، أُجْبِرَ عليه . وعنه ، لا يُجْبَرُ) إذا كان بينَ الشَّرِيكَيْنِ حائطٌ فانْهَدَمَ ، فطَلَبَ أحَدُهما إعادَتَه ، وأبَى الآخَرُ ، فذَكَر القاضِى فيه رِوايَتَيْن ؛ إحْداهما ، يُجْبَرُ . نَقَلَها ابنُ القاسِمِ ، وحَرْبٌ ، وسِنْدِىٌّ . قال القاضى : هى أصَحُّ . قال ابنُ عَقِيلٍ : وعلى ذلك أصْحابُنا . وهو إحْدَى الرِّوايَتَيْن عن مالِكٍ ، وقولُ الشافعىِّ القَدِيمُ ، واخْتارَه بعضُ أصْحابِه ؛ لأنَّ فى تَرْكِ بنائِه إضْرارًا فيُجْبَرُ عليه ، كما يُجْبَرُ على القِسْمةِ إذا طَلَبَها أحَدُهما ، وعلى نَقْضِ الحائِطِ عندَ خَوْفِ سُقُوطِه عليهما ، ولقَوْلِ النبىِّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ[1] » . وهذا وَشَرِيكُه

الإنصاف

قوله : وإنْ كان بينَهما حائطٌ ، فانهدَمَ ، فطالَبَ أحَدُهما صاحِبَه ببنائِه معه ، أُجْبِرَ عليه . هذا المذهبُ بلا رَيْبٍ . ونصَّ عليه ، فى رِوايَةِ ابنِ القاسِمِ ، وحَرْبٍ ، وسِنْدِىٍّ . وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال فى « الفُروعِ » : اخْتارَه أصحابُنا . قال ابنُ عَقِيلٍ : عليه أصحابُنا . قال القاضى : هذا أصحُّ . قال[2] فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : لَزِمَ الآخَرَ على الأصحِّ . قال فى « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ،

---

(١) فى م : « إضرار » . والحديث تقدم تخريجه فى ٦/٣٦٨ .

(٢) سقط من : الأصل ، ط .

الشرح الكبير

يَتَضَرَّران فى تَرْكِ بنائِه . والرِّوايَةُ الثانيةُ ، لا يُجبَرُ . نُقِل عن أحمدَ ما يَدُلُّ على ذلك . وهو أقْوَى فى النَّظَرِ ، ومَذْهَبُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه مِلْكٌ لا حُرْمَةَ له فى نَفْسِه ، فلم يُجْبَرْ مالِكُه على الإنْفاقِ عليه ، كما لو انْفَرَدَ به ، ولأنَّه بِناءُ حائِطٍ ، فلم يُجْبَرْ عليه ، كالابْتِداءِ ، ولأنَّه لا يَخْلُو ؛ إمّا أن يُجبَرَ على بنائِه لحَقِّ نَفْسِه ، أو لحَقِّ جارِه ، أو لهما جميعًا ، لا يَجُوزُ أن يُجْبَرَ لحَقِّ نَفْسِه ، بدَليلِ ما لو انْفَرَدَ به ، ولا لحَقِّ غيرِه ، كما لو انْفَرَدَ به جارُه ، وإذا لم يَكُنْ واحِدٌ منهما مُوجَبًا عليه ، فكذلك إذا اجْتَمَعَا . وفارَقَ القِسْمَةَ ، فإنَّها دَفْعٌ للضَّرَرِ عنهما بما لا ضَرَرَ فيه ، والبِناءُ فيه ضَرَرٌ ؛ لِما فيه مِن الغَرامَةِ وإنْفاقِ مالِه ، ولا يَلْزَمُ مِن إجْبارِه على إزالَةِ الضَّرَرِ بما لا ضَرَرَ فيه ، إجْبارُه على إزالَتِه بما فيه ضَرَرٌ ، بدَليلِ قِسْمةِ ما فى قِسْمَتِه ضَرَرٌ . ويُفارِقُ هَدْمَ الحائِطِ إذا خِيفَ سُقُوطُه ؛ لأنَّه يَخافُ سُقُوطَه على ما يُتْلِفُه ،

الإنصاف

وغيرِهم: أُجْبِرَ ، فى أصحِّ الرِّوايتَيْن . قال ابنُ رَزِينٍ : اخْتارَه أكثرُ الأشْياخِ . قال فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » : هذا المذهبُ ، نصَّ عليه فى رِوايَةِ جَماعَةٍ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى ، « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، وغيرِهم . وهو مِنَ المُفْرَداتِ . وعنه ، لا يُجْبَرُ . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وقالا : هو أقْوَى فى النَّظَرِ . واخْتارَه أبو محمدٍ الجَوْزِىُّ أيضًا . قال ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » : وهو أظْهَرُ ، كبِناءِ حائطٍ بينَ مِلْكَيْهما[1] . فعلى الرِّوايَةِ الثَّانيةِ ، قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما : لو بَناه ، ثم أرادَ نَقْضَه ؛ فإنْ كان

---

(١) فى الأصل ، ط : « ملكهما » .

الشرح الكبير

فيُجْبَرُ على ما يُزِيلُ ذلك ، ولذلك[1] يُجْبَرُ عليه وإنِ انْفَرَدَ بالحائِطِ ، بخِلافِ مَسْأَلَتِنا . ولا نُسَلِّمُ أنَّ فى تَرْكِه إضْرارًا ، فإنَّ الضَّرَرَ إنَّما حَصَل بانْهِدامِه ، وإنَّما تَرْكُ البِناءِ تَرْكٌ لِما يَحْصُلُ النَّفْعُ به ، وهذا لا يُمْنَعُ الإِنْسانُ منه ، بدَلِيلِ حالَةِ الابْتِداءِ . وإن سَلَّمْنا أنَّه إضْرارٌ ، لكنْ فى الإِجْبارِ إضْرارٌ ، ولا يُزالُ الضَّرَرُ بالضَّرَرِ ، ولأنَّه قد يكونُ المُمْتَنِعُ لا نَفْعَ له فى الحائِطِ ، أو يكونُ الضَّرَرُ عليه أكْثَرَ مِن النَّفْعِ ، أو يكونُ مُعْسِرًا ليس معه شيءٌ ، فيُكَلَّفُ الغَرامَةَ مع عَجْزِه عنها .

الإنصاف

بَناه بآلَتِه ، لم يَكُنْ له ذلك . وإنْ كان بَناه مِن عندِه ، فله نَقْضُه ، فإنْ قال الشَّرِيكُ : أنا أدْفَعُ إليك نِصْفَ قِيمَةِ البِناءِ ولا تَنْقُضْه . لم يُجْبَرْ على ذلك . وإنْ أرادَ غيرُ البانِى نَقْضَه ، أو إجْبارَ بانِيه على نَقْضِه ، لم يَكُنْ له ذلك ، على كلا الرِّوايتَين . انتهيا . ويأْتِى الحُكْمُ ، إذا قُلْنا : يُجْبَرُ . فى آخِرِ المَسْأَلَةِ . وعلى الرِّوايَةِ الثَّانيةِ أيضًا ، ليس له مَنْعُه مِن بنائِه ، لكِنْ إنْ بَناه بآلَتِه ، فهو بينَهما ، وليس له مَنْعُه مِنَ الانْتِفاعِ به قبلَ أنْ يُعْطِيَه نِصْفَ قِيمَةِ عَمَلِه . على الصَّحيحِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . قال فى « الفُروعِ » : ليس له مَنْعُه مِنَ الانْتِفاعِ ، فى الأشْهَرِ ، كما ليس له نَقْضُه . قال فى « الكافِى » : عادَ بينَهما ، كما كان برُسومِه وحُقوقِه [٢/١٣٣و] ؛ لأنَّه عادَ بعَيْنِه . وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . قال فى « القاعِدَةِ السَّادِسَةِ والسَّبْعِين » : هو قَوْلُ القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنِ عَقِيلٍ ، والأكْثَرِين . وقدَّمه فى « النِّهايَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » . وقيل : له مَنْعُه مِنَ الانْتِفاعِ به حتى يُعْطِيَه

---

(١) فى ر ، ر ١ ، ق : « كذلك » .

المقنع

لَكِنْ لَيْسَ لَهُ مَنْعُهُ مِنْ بِنَائِهِ . فَإِنْ بَنَاهُ بِآلَتِهِ ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ بَنَاهُ بِآلَةٍ مِنْ عِنْدِهِ، فَهُوَ لَهُ، وَلَيْسَ لِلآخَرِ الِانْتِفَاعُ بِهِ. فَإِنْ طَلَبَ ذَلِكَ، خُيِّرَ الْبَانِى بَيْنَ أَخْذِ نِصْفِ قِيمَتِهِ مِنْهُ وَبَيْنَ أَخْذِ آلَتِهِ.

الشرح الكبير

١٨٩٩ - مسألة : (وليس له مَنْعُه مِن بِنائِه) يَعْنِى على الرِّوايَةِ التى تَقُولُ : لا يُجْبَرُ المُمْتَنِعُ إذا أراد شَرِيكُه البِناءَ . فليس له مَنْعُه ؛ لأنَّ له حَقًّا فى الحَمْلِ وَرَسْمًا ، فلا يَجُوزُ مَنْعُه منه .

١٩٠٠ - مسألة : (فإن بَناه بآلَتِه ، فهو بينَهما ، وإن بَناهُ بآلَةٍ مِن عندِه ، فهو له ، وليس للآخَرِ الانْتِفاعُ به . فإن طَلَبَ الانْتِفاعَ به ، خُيِّرَ البانِى [٩٦/٤ظ] بينَ أخْذِ نِصْفِ قِيمَتِه وبينَ أخْذِ آلَتِه) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ

الإنصاف

نِصْفَ قِيمَةِ العَمَلِ . جزَم به فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُجَرَّدِ » ، و « الحاوِيَيْن » . وهو ظاهِرُ ما قدَّمه فى « الفائقِ » . وهو ظاهِرُ كلامِ ابنِ أبى مُوسى ، والقاضى فى « خِلافِه » . وحَكاه فى « التَّلْخيصِ » ، عن بعضِ مُتأَخِّرِى الأصحابِ . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : وفيما ذكَرَه الأصحابُ - مِن عدَمِ مَنْعِه مِنَ الانْتِفاعِ به قبلَ أنْ يُعْطِيَه نِصْفَ قِيمَةِ عمَلِه - نظَرٌ ، بل يَنْبَغِى أنَّ الثَّانِىَ يَمْلِكُ مَنْعَ شَرِيكِه مِنَ التَّصَرُّفِ فيه ، حتى يُؤَدِّىَ ما يخُصُّه مِنَ الغَرامَةِ الواقِعَةِ بأُجْرَةِ المِثْلِ ؛ لأنَّه لو لم يكُنْ كذلك ، لأدَّى إلى ضَياعِ حقِّ الشَّرِيكِ . انتهى . قلتُ : وهو الصَّوابُ . قال فى « الوَجيزِ » : وإذا بنَى أحدُهما الحائطَ بأنْقاضِه ، فهو بينَهما ، إنْ أدَّى الآخَرُ نِصْفَ قِيمَةِ التَّالِفِ .

قوْلُه على الرِّوايَةِ الثَّانيةِ : وإنْ بَناه بآلَةٍ مِن عندِه فهو له - ولا يَحْتاجُ إلى إذْنِ حاكِمٍ فى بِنائِه . صرَّح به القاضى فى « خِلافِه » . وقدَّمه فى « القَواعِدِ » . واعْتَبَرَ

الشرح الكبير

للشَّرِيكِ بِناءَ الحائِطِ بأنْقاضِه ، وله بِناؤُه بآلةٍ مِن عندِه ، فإن بَناهُ بآلَتِه وأنْقاضِه ، فهو بينَهما[1] على الشَّرِكَةِ ، كما كان ؛ لأنَّ المُنْفِقَ إنَّما أنْفِقَ على التّالفِ ، وذلك أثَرٌ لا عَيْنٌ يَمْلِكُها . وإن بَناه بآلةٍ (2مِن عندِه2) ، فالحائطُ مِلْكُه خاصَّةً ، وله مَنْعُ شَرِيكِه مِن الانْتِفاعِ به ، ومِن وَضْعِ خَشَبِه ورُسُومِه عليه ؛ لأنَّ الحائِطَ له . فإن أراد نَقْضَه وكان بَناه بآلَتِه ، فليس له نَقْضُه ؛ لأنَّه مِلْكُهما ، فلم يكنْ له التَّصَرُّفُ فيه بما فيه مَضَرَّةٌ عليهما . وإن كان بَناه بآلةٍ مِن عندِه ، فله نَقْضُه ؛ لأنَّه يَخْتَصُّ بمِلْكِه . فإن قال شَرِيكُه : أنا أدْفَعُ إليك نِصْفَ قِيمةِ البِناءِ ولا تَنْقُضْهُ . لم يُجْبَرْ ؛ لأنَّه لَمَّا لم يُجْبَرْ على البِناءِ ، لم يُجْبَرْ على الإِبْقاءِ . وإن أراد غيرُ البانِى نَقْضَه ، وإجْبارَ بانِيه على نَقْضِه ، لم يكنْ له ذلك على كِلْتا الرِّوايَتَيْن ؛ لأنَّه إذا لم يَمْلِكْ مَنْعَه مِن بِنائِه ، (3فلأنْ لا3) يَمْلِكَ إجْبارَه على نَقْضِه أوْلَى . فإن كان له

الإنصاف

فى « المُجَرَّدِ » إذْنَ الحاكمِ . ونصَّ أحمدُ على أنَّه يُشْهِدُ على ذلك – وليس للآخَرِ الانْتِفاعُ به . فله مَنْعُ شَرِيكِه مِنَ الانْتِفاعِ به ، ومِن وَضْعِ خَشَبِه ورُسومِه حتى يَدْفَعَ ما يجِبُ عليه . صرَّح بذلك فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « القَواعِدِ » . قال فى « الفائقِ » : اخْتَصَّ به وبنَفْعِه دُونَ أرْضِه . قال فى « الحاوِيَيْن » : ملَكَه البانِى خاصَّةً ، وليس لشَرِيكِه الانْتِفاعُ به . فإنْ كان لغيرِ البانِى رَسْمُ طَرْحِ[4] أخْشابٍ ، فالبانِى مُخَيَّرٌ (5بينَ أنْ يُمَكِّنَه5) مِن وَضْعِ أخْشابِه –

---

(1) سقط من : م .

(2 – 2) سقط من : الأصل .

(3 – 3) فى الأصل : « فلئلا » .

(4) فى ط : « صرح » .

(5 – 5) فى الأصل ، ط : « إما يملكه » .

الشرح الكبير

على الحائطِ رَسْمُ انْتِفاعٍ ، أو وَضْعِ خَشَبٍ ، قال له : إمّا أن تَأْخُذَ مِنِّى نِصْفَ قِيمَتِه ، وتُمَكِّنَنِى مِن انْتِفاعِى ، وإمّا أن تَقْلَعَ حائِطَك ، لنُعِيدَ البِناءَ بيننا[1] . فيَلْزَمُ الآخَرَ إجابَتُه ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ إبْطالَ رُسُومِه وانْتِفاعِه ببنائِه ، وإن لم يُرِدْ الانْتِفاعَ به ، فطالَبَه الثانِى بالغَرامَةِ أو القِيمَةِ ، لم يَلْزَمْه ذلك ؛ لأنَّه إذا لم يُجْبَرْ على البِناءِ ، فأوْلَى أن لا يُجْبَرَ على الغَرامَةِ ، إلَّا أن يَكُونَ قد أَذِنَ فى البِناءِ والإِنْفاقِ ، فيَلْزَمُه ما أَذِنَ فيه . فأمّا على الرِّوايَةِ الأُولَى ، فمتى امْتَنَعَ ، أجْبَرَه الحاكِمُ على ذلك ، فإن لم يَفْعَلْ ، أخَذَ الحاكِمُ مِن مالِه وأنْفَقَ عليه ، وإن لم يكنْ له مالٌ ، فأنْفَقَ عليه الشَّرِيكُ بإذْنِ الحاكِمِ ، أو إذْنِ الشَّرِيكِ ، رَجَع عليه متى قَدَر . وإذا أراد بِناءَه ، لم يَمْلِكِ الشَّرِيكُ مَنْعَه . وما أنْفَقَ ؛ إن تَبَرَّعَ به ، لم يَكُنْ له الرُّجُوعُ به ، وإن نَوَى الرُّجُوعَ به ، فهل له الرُّجُوعُ بذلك ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن ، بناءً على ما إذا قَضَى دَيْنَه بغيرِ إذْنِه . وإن بَناه لنَفْسِه بآلَتِه ، فهو بينهما ، وإن بَناه بآلَةٍ مِن عندِه فهو له خاصَّةً . فإن أراد نَقْضَه فله ذلك ، إلَّا أن يَدْفَعَ إليه شَرِيكُه نِصْفَ قِيمَتِه ، فلا يَكُونُ له نَقْضُه ؛ لأنَّه إذا أُجْبِرَ على بِنائِه ، فأوْلَى أن يُجْبَرَ على إبْقائِه .

الإنصاف

ويأْخُذَ منه نِصْفَ قِيمَةِ الحائطِ – وبينَ أنْ يأْخُذَ بِناءَه ليُعِيدَ البِناءَ بينَهما ، أو يَشْتَرِ كان فى الطَّرْحِ . انتهى . وقال فى «الفُروعِ» : وإنْ بَناه بغيرِها ، فله مَنْعُه مِن غيرِ رَسْمِ طَرْحِ خَشَبٍ . فظاهِرُ كلامِه ، عدَمُ المَنْعِ مِنَ الرُّسُومِ . وقد صرَّح المُصَنِّفُ وغيرُه

---

(١) فى م : « من بيننا » .

الشرح الكبير

فصل : فإن لم يَكُنْ بينَ مِلْكَيْهما حائطٌ ، فطَلَبَ أحدُهما مِن الآخَرِ أن يَبْنِيا حائطًا يَحْجزُ بينَ مِلْكَيْهما ، لم يُجْبَرِ الآخَرُ عليه . رِوايَةً واحِدَةً . فإن أراد البِناءَ وَحْدَه ، فليس له إلَّا فى مِلْكِه ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ التَّصرُّفَ فى مِلْكِ جارِه المُخْتَصِّ به ، ولا فى المِلْكِ المُشْتَرَكِ بغيرِ ما له فيه رَسْمٌ ، وهذا لا رَسْمَ له فيه .

الإنصاف

بالمَنْعِ . والظَّاهِرُ أنَّ مُرادَ صاحِبِ « الفُروعِ » بالجَوازِ ، إذا كان له حَقٌّ فى ذلك ، وأرادَ الانْتِفاعَ بعدَ بِنائِه . وقد صرَّح المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، بعدَ كلامِهما الأوَّلِ ، بقَرِيبٍ مِن ذلك ؛ فقالا : فإنْ كان على الحائطِ رَسْمُ انْتِفاعٍ ، أو وَضْعِ خَشَبٍ ، قال له : إمَّا أنْ تأْخُذَ مِنِّى نِصْفَ قِيمَتِه ، أو تُمَكِّنَنِى مِن انْتِفاعِى ، وإمَّا أنْ تَقْلَعَ حائِطَك لنُعِيدَ البِناءَ بيننا . فيَلْزَمُ الآخَرَ إجابَتُه ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ إبْطالَ رُسومِه وانْتِفاعِه ببِنائِه . انتهيا . وكذا قال غيرُهما .

فائدة : قال فى « القاعِدَةِ السَّادسةِ والسَّبْعِين » : فإنْ قيلَ : فعندَكم لا يجوزُ للجارِ مَنْعُ جارِه مِنَ الانْتِفاعِ بوَضْعِ خَشَبِه على جِدارِه ، فكيف مَنَعْتُمْ هنا ؟ قُلْنا : إنَّما مَنَعْنا هنا مِن عَوْدِ الحَقِّ القَديمِ المُتَضَمِّنِ لمِلْكِ الانْتِفاعِ قَهْرًا ، سواءٌ كان مُحْتاجًا إليه أو لم يَكُنْ . وأمَّا التَّمْكِينُ مِنَ الوَضْعِ للارْتِفاقِ ، فتلك مَسْألَةٌ أُخْرَى ، وأكثرُ الأصحابِ يَشْتَرِطُون فيها الحاجَةَ أو الضَّرُورَةَ ، على ما تقدَّم .

قوله : فإنْ طلَب ذلك - يعْنِى ، الشَّرِيكُ الذى لم يَبْنِ ، الانْتِفاعَ - خُيِّرَ البانِى بينَ أخْذِ نِصْفِ قِيمَتِه منه ، وبينَ أخْذِ آلَتِه . وهذا بلا نِزاعٍ . لكِنْ لو اخْتارَ الأخْذَ ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه يأْخُذُ نِصْفَ قِيمَةِ بِنائِه . جزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وعنه يَدْفَعُ مايخُصُّه كغَرامَةٍ ؛ لأنَّه نائبُه مَعْنًى . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » .

الشرح الكبير

فصل : فإن كان السُّفْلُ لرجلٍ ، والعُلُوُّ لآخَرَ ، فانْهَدَمَ السَّقْفُ الذى بينَهما ، فطَلَبَ أحَدُهما المُباناةَ مِن الآخَرِ ، فامْتَنَعَ ، فهل يُجْبَرُ ؟ على رِوايَتَيْن ؛ [٤/٩٧و] كالحائِطِ بينَ البَيْتَيْنِ . وللشافعىِّ فيه قَوْلان . فإنِ انْهَدَمَتْ حِيطانُ السُّفْلِ ، فطالَبَه صاحِبُ العُلْوِ بإعادَتِها ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، يُجْبَرُ . وهو قولُ مالِكٍ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأحَدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ . فعلى هذه الرِّوايَةِ ، يُجْبَرُ على البناءِ وَحْدَه ؛ لأنَّه مِلْكُه خاصَّةً . والثانيةُ ، لا يُجْبَرُ . وهو قولُ أبى حنيفةَ . وإن أراد صاحِبُ العُلْوِ بناءَه ، لم يُمْنَعْ مِن ذلك ، على الرِّوايَتَيْن جَمِيعًا . فإن بَناه بآلَتِه ، فهو على ما كان ، وإن بَناه بآلَةٍ مِن عندِه ، فقد رُوِىَ عن أحمدَ ، لا يَنْتَفِعُ به صاحِبُ السُّفْلِ . يَعْنِى حتى يُؤَدِّىَ القِيمَةَ . فيَحْتَمِلُ أنَّه لا يَسْكُنُ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ البَيْتَ إنَّما يُبْنَى للسُّكْنَى ، فلم يَمْلِكْه كغيرِه . ويَحْتَمِلُ أنَّه أراد الانْتِفاعَ

الإنصاف

فوائد ؛ إحْداها ، إذا قُلْنا : يُجْبَرُ على بنائِه معه . وهو المذهبُ ، وامْتَنَع ، أجْبَرَه الحاكِمُ على ذلك ، فإنْ لم يَفْعَلْ ، أخَذ الحاكِمُ مِن مالِه وأنْفَقَ عليه ، فإنْ لم يَكُنْ له عينُ[1] مالٍ ، باعَ مِن عُروضِه ، فإنْ تعذَّرَ ، اقْتَرضَ عليه . وإنْ عمَرَه شَرِيكُه بإذْنِه أو إذْنِ حاكِمٍ ، رجَع عليه ، وإنْ أرادَ بناءَه ، لم يَمْلِكِ الشَّريكُ مَنْعَه . وما أنْفَقَ ، إنْ تبرَّعَ به ، لم يَكُنْ له الرُّجوعُ ، وإنْ نوَى الرُّجوعَ به ، فهل له الرُّجوعُ ؟ . قال فى « الشَّرْحِ » : يَحْتَمِلُ وَجْهَين ؛ بِناءً على ما إذا قضَى دَيْنَه بغيرِ إذْنِه . انتهى . [2]قال فى « الفُروعِ » : وفيه - بِنِيَّةِ رُجوعِه على الأوَّلِ - الخِلافُ[2] . وإنْ بَناه

---

(١) فى ط : « غير » .

(٢ - ٢) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

بالحِيطانِ خاصَّةً ؛ مِن طَرْحِ الخَشَبِ ، وسَمْرِ الوَتِدِ ، وفَتْحِ الطَّاقِ ، وتكُونُ له السُّكْنَى مِن غيرِ تَصَرُّفٍ فى مِلْكِ غيرِه . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ السُّكْنَى إنَّما هى إقامَتُه فى فِناءِ الحِيطانِ مِن غيرِ تَصَرُّفٍ فيها ، أشْبَهَ الاسْتِظْلالَ بها مِن خارجٍ . فأمّا إن طالَبَ صاحِبُ السُّفْلِ بالبِناءِ ، وأبى صاحِبُ العُلْوِ ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهُما ، لا يُجْبَرُ على بِنائِه ، ولا مُساعَدَتِه . وهو قولُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ الحائطَ مِلْكُ صاحِبِ السُّفْلِ ، فلم يُجْبَرْ غيرُه على بنائِه ، ولا المُساعَدَةِ فيه ، كما لو لم يَكُنْ عليه عُلْوٌ . والثانيةُ ، يُجْبَرُ على مُساعَدَتِه والبِناءِ معه . وهو قولُ أبى الدَّرْداءِ ؛ لأنَّه حائِطٌ يَشْتَرِكان فى الانْتِفاعِ به ، أشْبَهَ الحائطَ بينَ الدّارَيْن .

فصل : فإن كان بينَ البَيْتَيْن حائطٌ لأحَدِهما ، فانْهَدَمَ ، فطَلَبَ أحَدُهما مِن الآخَرِ بناءَه ، أو المُساعَدَةَ فى بِنائِه ، لم يُجْبَرْ ؛ لأنَّه إن كان المُمْتَنِعُ مالِكَه ، لم يُجْبَرْ على بِناءِ مِلْكِه المُخْتَصِّ به ، كحائِطِ الآخَرِ ، وإن كان المُمْتَنِعُ الآخَرَ ، لم يُجْبَرْ على بِناءِ مِلْكِ غيرِه ، ولا المُساعَدَةِ فيه . ولا

الإنصاف

لنَفْسِه بآلَتِه ، فهو بينَهما ، وإنْ بَناه بآلَةٍ مِن عندِه ، فهو له خاصَّةً ، فإنْ أرادَ نَقْضَه ، فله ذلك ، إلَّا أنْ يَدْفَعَ إليه شَرِيكُه نِصْفَ قِيمَتِه ، فلا يكونُ له نَقْضُه[1] . الثَّانيةُ ، يُجْبَرُ الشَّرِيكُ على العِمارَةِ مع شَرِيكِه فى الأمْلاكِ المُشْتَرَكَةِ . على الصَّحِيحِ مِنَ المذهبِ ، والرِّوايتَيْن . قالَه فى « الرِّعايَةِ » وغيرِها . وعنه ، لا يُجْبَرُ . الثَّالثةُ ، لو اسْتُهْدِمَ جِدارُهما ، أو خِيفَ ضَرَرُه ، نقَضاه ؛ وإنْ أبى أحدُهما [٢/١٣٣ظ] ، أجْبَرَه

(١) فى الأصل ، ط : « بعضه » .

الشرح الكبير

يَلْزَمُ على هذا حائطُ السُّفْلِ ، حيث يُجْبَرُ صاحِبُه على بنائِه ، مع اخْتِصاصِه بمِلْكِه ؛ لأنَّ الظّاهِرَ أنَّ صاحِبَ العُلْوِ مَلَكَه مُسْتَحِقًّا لإِبْقائِه على حِيطانِ السُّفْلِ دائِمًا ، فلَزِمَ صاحِبَ السُّفْلِ تَمْكِينُه ممّا يَسْتَحِقُّه ، وطَرِيقُه البِناءُ ، فلذلك وَجَب ، بخِلافِ مَسْألتِنا . وإن أراد صاحِبُ الحائِطِ بناءَه ، أو نَقْضَه بعدَ بِنائِه ، لم يكُنْ لجارِه مَنْعُه ؛ لأنَّه مِلْكُه خاصَّةً . وإن أراد جارُه بِناءَه ، أو نَقْضَه ، أو التَّصَرُّفَ فيه ، لم يَمْلِكْ ذلك ؛ لأنَّه لا حَقَّ له فيه .

الإنصاف

الحاكِمُ ، وإنْ تعَذَّرَ[(١)] ، ضَمِنَ ما تَلِفَ به إذا أشْهَدَ على شَرِيكِه ، وإلَّا فلا . وقيل : بلَى ، إنْ تقدَّم إليه بنَقْضِه ، وأيُّهما هدَمَه[(٢)] إذَنْ بغيرِ إذْنِ صاحِبه ، فهَدَرٌ . وقيل : يَلْزَمُه إعادَتُه على صِفَتِه ، كما لو هدَمَه مِن غيرِ حاجَةٍ إلى هَدْمِه . واخْتارَه ابنُ البَنَّا . ويأْتِى ذلك فى أواخِرِ الغَصْبِ ، فى كلامِ المُصَنِّفِ ، ونُبَيِّنُ الرَّاجِحَ فى المذهب هناك . الرَّابعةُ ، لو أرادَ بناءَ حائطٍ بينَ مِلْكَيْهما ، لم يُجْبَرِ المُمْتَنِعُ منهما ، ويَبْنِى الطَّالِبُ فى مِلْكِه إنْ شاءَ . رِوايَةً واحِدَةً . قالَه المُصَنِّفُ ومَنْ تابَعَه . وقال فى « الفائقِ » : ولم يُفَرِّقْ بعضُ الأصحابِ ، (٣اخْتارَه شيْخُنا٣) . يعْنِى به الشَّيْخَ تَقِيَّ الدِّينِ . الخامِسَةُ ، لوِ اتَّفقا على بِناءِ حائطٍ مُشْتَرَكٍ بينَهما نِصْفَين ، على أنَّ ثُلُثَه لواحِدٍ ، وثُلُثَيْه لآخَرَ ، لم يصِحَّ . وإنِ اتَّفقا على أنْ يُحَمِّلَه كلُّ واحِدٍ منهما ما شاءَ ، لم يصِحَّ لجَهالَتِه ، وإنْ وصَفا الحِمْلَ ، ففى الصِّحَّةِ وَجْهان . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . قال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » : وإنِ

---

(١) فى الأصل ، ط : « تعدد » .
(٢) فى ط : « هذه » وفى الأصل : « اختاره » .
(٣ - ٣) سقط من : الأصل ، ط .

المقنع وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا نَهْرٌ ، أَوْ بِئْرٌ ، أَوْ دُولَابٌ ، أَوْ نَاعُورَةٌ ، أَوْ قَنَاةٌ ، وَاحْتَاجَ إِلَى عِمَارَةٍ ، فَفِى إِجْبَارِ الْمُمْتَنِعِ رِوَايَتَانِ .

الشرح الكبير **فصل** : ومتى هَدَم أحَدُ الشَّرِيكَيْن الحائطَ المُشْتَرَكَ ، أو السَّقْفَ الذى [٤/٩٧ظ] بينهما ، نَظَرْتَ ، فإن خِيفَ سُقُوطُه ، ووَجَبَ هَدْمُه ، فلا شئَ على هادِمِه ، ويكونُ كما لو انْهَدَمَ بنَفْسِه ؛ لأنَّه فَعَل الواجِبَ ، وأزال الضَّرَرَ الحاصِلَ بسُقُوطِه . وإن هَدَمَه لغيرِ ذلك ، فعليه إعادَتُه ، سَواءٌ[1] هَدَمَه لحاجَةٍ أو غيرِها ، وسَواءٌ الْتَزَمَ إعادَتَه أو لم يَلْتَزِمْ ؛ لأنَّ الضَّرَرَ حَصَل بفِعْلِه ، فلَزِمَه إزالَتُه[2] .

فصل : فإنِ اتَّفقا على بِناءِ الحائطِ المُشْتَرَكِ بينَهما نِصْفَيْن ، ومِلْكُه بينَهما الثُّلُثُ والثُّلُثان ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه يُصالِحُ عن بعضِ مِلْكِه ببعضٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو أقَرَّ له بدارٍ فصالَحَه على سُكْناها . ولو اتَّفَقا على أن يُحَمِّلَه كلُّ واحِدٍ منهما ما شاء ، لم يَجُزْ ؛ لجَهالةِ الحِمْلِ ، فإنَّه يُحَمِّلُه مِن الأثْقالِ ما لا طاقَةَ له بحَمْلِه . وإنِ اتَّفَقا على أن يكونَ بينَهما نِصْفَيْن ، جاز .

١٩٠١ – مسألة : (وإن كان بينَهما نَهْرٌ ، أو بِئْرٌ ، أو دُولابٌ[3] ، أو ناعُورَةٌ ، أو قَناةٌ ، فاحْتاجَ إلى عِمارةٍ ، ففى إجْبارِ المُمْتَنِعِ رِوايَتان)

الإنصاف اتَّفَقا على أنْ يكونَ بينَهما نِصْفَيْن ، صحَّ[4] .

قوله : وإنْ كان بينَهما نَهْرٌ ، أو بِئْرٌ ، أو دُولابٌ ، أو ناعُورَةٌ ، أو قَناةٌ ، واحْتاجَ

(١) بعده فى م : « كان » .

(٢) أى إزالة الضرر .

(٣) الدُّولاب : الآلة التى تديرها الدابة ليستقى بها والناعورة هى الدولاب ويديرها الماءُ .

(٤) سقط من : الأصل ، ط .

المقنع

وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا مَنْعُ صَاحِبِهِ مِنْ عِمَارَتِهِ ، فَإِذَا عَمَرَهُ ، فَالْمَاءُ بَيْنَهُمَا عَلَى الشَّرِكَةِ .

الشرح الكبير

بناءً على الحائطِ المُشْتَرَكِ إذا انْهَدَمَ . وحُكِيَ عن أبي حنيفةَ ، أنَّه يُجْبَرُ هٰهُنا على الإنْفاقِ ؛ لأنَّه لا يَتَمَكَّنُ شَرِيكُه مِن مُقاسَمَتِه ، فيَتَضَرَّرُ ، بخِلافِ الحائطِ ، فإنَّه يُمْكِنُهما قِسْمَةُ العَرْصةِ . قال شيخُنا[1] : والأَوْلَى التَّسْوِيةُ ؛ لأنَّ في قِسْمةِ العَرْصةِ إضْرارًا بهما ، والإنْفاقُ أَرْفَقُ بهما ، فكانا سَواءً .

١٩٠٢ - مسألة : (وليس لأحَدِهما مَنْعُ صاحِبِه مِن عِمارَتِه كالحائِطِ ، فإن عَمَرَه ، فالماءُ بينَهما على الشَّرِكَةِ) أمّا الدُّولابُ

الإنصاف

إلى عِمارَةٍ ، ففي إجْبارِ المُمْتَنِعِ رِوايَتان . إحْداهما ، يُجْبَرُ . وهو المَذْهَبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، نصَّ عليه . وجزَم به في « الوَجيزِ » وغيرِه . وصحَّحه في « التَّصْحيحِ » وغيرِه . وقدَّمه في « الفُروعِ » وغيرِه . والثَّانيةُ ، لا يُجْبَرُ . واعْلَمْ أنَّ الحُكْمَ هنا والخِلافَ ، كالخِلافِ في الحائطِ المُشْتَرَكِ إذا انْهَدَمَ ، على ما تقدَّم ، نَقْلًا ومذهبًا وتَفْصِيلًا . قالَه أكثرُ الأصحابِ ؛ منهم القاضى ، والمُصَنِّفُ ، وصاحِبُ « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وقال ابنُ أبِي مُوسى : يُجْبَرُ هنا ، قوْلًا واحدًا . وحكَى الرِّوايتَيْن في الحائطِ . قال في « القَواعِدِ » : والفَرْقُ أنَّ الحائطَ يُمْكِنُ قِسْمَتُه ، بخِلافِ القَناةِ والبِئْرِ .

قوله : وليس لأَحَدِهما مَنْعُ صاحِبِه مِن عِمارَتِه . بلا نِزاعٍ .

---

(١) في : المغني ٧/٤٩ .

الشرح الكبير

والنّاعُورةُ ، فالحُكْمُ فيه كالحُكْمِ فى الحائِطِ ، على ما ذكَرْناه . وأمّا النَّهْرُ والبِئْرُ ، فلكلِّ واحِدٍ منهما الإنْفاقُ عليه ، وإذا أنْفَقَ عليه ، لم يَكُنْ له مَنْعُ الآخَرِ مِن نَصِيبِه مِن الماءِ ؛ لأنَّه يَنْبُعُ مِن مِلْكِهما ، وإنَّما أثَّر أحَدُهما فى نَقْلِ الطِّينِ منه ، وليس له فيه عَيْنُ مالٍ ، فأشْبَهَ الحائِطَ إذا بَناه بآلَتِه ، والحُكْمُ فى الرُّجُوعِ بالنَّفَقةِ ، حُكْمُ الرُّجُوعِ فى النَّفَقةِ على الحائطِ ، على ما مَضَى .

الإنصاف

وقوله : فإذا عمَرَه ، فالماءُ بينَهما على الشَّرِكَةِ . هذا المذهبُ ؛ لأنَّ الماءَ باقٍ على ما كان عليه مِنَ المِلْكِ والإِباحَةِ . وعليه جماهيرُ الأصحابِ ؛ منهم القاضى ، فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ ، فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرُهم . وفى « الخِلافِ الكَبِيرِ » للقاضى ، و « التَّمامِ » لأبى الحُسَيْنِ ، له المَنْعُ مِنَ الانْتِفاعِ بالقَناةِ . قال فى « القَواعِدِ » : ويَشْهَدُ له نصُّ أحمدَ بالمَنْعِ مِن سُكْنَى السُّفْلِ إذا بَناه صاحِبُ العُلْوِ ، ومَنْعُ الشَّرِيكِ مِنَ الانْتِفاعِ بالحائطِ إذا أُعِيدَ بآلَتِه العَتِيقَةِ . قلتُ : وهو الصَّوابُ .

فوائد ؛ الأُولَى ، لوِ اتَّفَقا على بِناءِ حائطِ بُسْتانٍ ، فبنَى أحدُهما ، فما تَلِفَ مِنَ الثَّمَرَةِ بسَبَبِ إهْمالِ الآخَرِ ، يَضْمَنُه الذى أهْمَلَ . قالَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . الثَّانيةُ ، لو كان السُّفْلُ لواحِدٍ ، والعُلْوُ لآخَرَ ، فالسَّقْفُ بينَهما ، لا لصاحِبِ العُلْوِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . والإِجْبارُ ، إذا انْهَدَمَ السَّقْفُ ، كما تقدَّم فى الحائطِ الذى بينَهما إذا انْهَدَمَ . ولوِ انْهَدَمَ الجَميعُ ، فلرَبِّ العُلْوِ إجْبارُ صاحِبِ السُّفْلِ على بِنائِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « البُلْغَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » : أُجْبِرَ فى أصحِّ الرِّوايتَيْن . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى

الشرح الكبير

فصل : وليس للرجلِ التَّصَرُّفُ فى مِلْكِه بما يَضُرُّ [١]به جارَه[١] ، نحوَ أن يَبْنِىَ حَمّامًا بينَ الدُّورِ ، أو يَفْتَحَ خَبّازًا بينَ العَطّارِين ، أو يَجْعَلَه دُكّانَ قِصارَةٍ يَهُزُّ الحِيطانَ ويُخَرِّبُها ، أو يَحْفِرَ بئرًا إلى جانِبِ بئرِ جارِه يَجْتَذِبُ ماءَها . وبهذا قال بعضُ الحَنَفِيَّةِ . وعن أحمدَ رِوايَةٌ أُخْرَى : لا يُمْنَعُ . وبه قال الشافعىُّ ، وبعضُ الحَنَفِيَّةِ ؛ لأنَّه تَصرُّفٌ فى مِلْكِه المُخْتَصِّ به ، ولم يَتَعَلَّقْ به حَقُّ غيرِه ، فلم يُمْنَعْ منه ، كما لو طَبَخ فى دارِه أو خَبَز فيها . وسَلَّمُوا أنَّه يُمْنَعُ مِن الدَّقِّ الذى يَهْدِمُ الحِيطانَ ويَنْثِرُها . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إضْرَارَ »[٢] . ولأنَّ هذا إضْرارٌ بجيرانِه ، فمُنِعَ منه ، كالذى سَلَّمُوه ، وكسَقْىِ الأرْضِ الذى يَتَعَدَّى إلى هَدْمِ حائطِ جارِه ، أو إشْعالِ نارٍ يتعَدَّى إلى إحْراقِه . قالُوا : هٰهُنا تَعَدَّتِ النّارُ التى أضْرَمَها ، والماءُ [٤/٩٨و] الذى أرْسَلَه ، فكان مُرْسِلًا لذلك فى مِلْكِ غيرِه ، أشْبَهَ ما لو أرْسَلَه إليها قَصْدًا . قُلْنا : والدُّخانُ[٣] هو أجْزاءُ الحَرِيقِ الذى أحْرَقَه ، فكان مُرْسِلًا له فى مِلْكِ جارِه ، فهو كالنّارِ والماءِ ، وأمّا دُخانُ الخَبْزِ والطَّبِيخِ ، فإنَّ ضَرَرَه يَسِيرٌ ، ولا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ منه ، وتَدْخُلُه المُسامَحَةُ .

الإنصاف

« تَذْكِرَتِه » . وجزَم به فى « الحاوِيَيْن » . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ ، و « القَواعِدِ » . وعنه ، لا يُجْبَرُ . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ،

(١ - ١) فى م : « بجاره » .

(٢) تقدم تخريجه فى ٦/٣٦٨ .

(٣) بعده فى م : « الذى » .

الشرح الكبير

فصل : فإن كانَ سَطْحُ أحَدِهما أعْلَى مِن سَطْحِ الآخَرِ ، فليس لصاحِبِ الأعْلَى الصُّعودُ على سَطْحِه على وَجْهٍ يُشْرِفُ على سَطْحِ جارِه ، إلَّا أن يَبْنِيَ سُتْرَةً تَسْتُرُه . وقال الشافعيُّ : لا يَلْزَمُه سَتْرُه ؛ لأنَّ هذا حاجزٌ بينَ مِلْكَيْهما ، فلم يُجْبَرْ أحَدُهما عليه ، كالأسْفَلِ . ولَنا ، أنَّه إضْرارٌ بجارِه ، فمُنِعَ منه ، كدَقٍّ يَهُزُّ الحِيطانَ ، وذلك أنَّه يَكْشِفُ جارَه ، ويَطَّلِعُ

الإنصاف

و « الفُروعِ » . فعلى المذهبِ ، هل يَنْفَرِدُ صاحِبُ السُّفْلِ ببناءِ السُّفْلِ ، أو يَشْرَكُه فيه صاحِبُ العُلْوِ ، ويُجْبَرُ عليه إذا طلَبَه صاحِبُ السُّفْلِ ؟ فيه رِوايَتان . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، و « القَواعِدِ » ؛ إحْداهما ، يَنْفَرِدُ صاحِبُ السُّفْلِ بالبِناءِ إلى حدِّه ، ويَنْفَرِدُ صاحِبُ العُلْوِ ببنائِه . وهو المذهبُ . قدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . (1)وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ »(1) . والثَّانيةُ ، يَشْرَكُه صاحِبُ العُلْوِ فيما يُحَمِّلُه منه ، ويُجْبَرُ عليه إذا امْتَنَع . وعلى الثَّانيةِ ، فى أصْلِ المَسْألَةِ - وهو أنَّه لا يُجْبَرُ - لصاحِبِ العُلْوِ بِناءُ السُّفْلِ ، وفى مَنْعِه السُّكْنَى ما سلَف مِنَ الخِلافِ فيما إذا كان بينَهما حائطٌ . الثَّالثةُ ، لو كان بينَهما طبَقَةٌ ثالِثَةٌ ، فهل يَشْتَرِكُ الثَّلاثَةُ فى بِناءِ السُّفْلِ ، والاثْنان فى بِناءِ الوَسَطِ ؟ فيه الرِّوايَتان المُتَقَدِّمتان ، حُكْمًا ومذهبًا . وكذا الطَّبَقَةُ الرَّابِعَةُ فأكْثَرُ . وصاحِبُ الوَسَطِ ، مَن فوْقَه كمَن تحتَه معه . قال فى « الفُروعِ » : إذا كانُوا ثلاثَ طِباقٍ ، فإنْ بَنَى رَبُّ العُلْوِ ، ففى مَنْعِ ربِّ السُّفْلِ الانْتِفاعَ بالعَرْصَةِ قبلَ أخْذِ القِيمَةِ احْتِمالان . قلتُ : الأوْلَى المَنْعُ . واللهُ أعلمُ .

(1 - 1) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

على حُرَمِه ، فأشْبَهَ ما لو اطَّلَعَ إليه[1] من صِيرِ بابِه أو خَصاصِه[2] ، وقد دَلَّ على المَنْعِ مِن ذلك قولُ النبىِّ ﷺ : « لَوْ أَنَّ رَجُلًا اطَّلَعَ إِلَيْكَ ، فحَذَفْتَه بِحَصَاةٍ ، فَفَقَأْتَ عَيْنَه ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْكَ جُنَاحٌ »[3] . ويُفارِقُ الأسْفَلَ ؛ فإنَّ تَصَرُّفَه لا يَضُرُّ بالأعْلَى ، ولا يَكْشِفُ دارَه .

الإنصاف ....

(١) فى ق ، م : « عليه » .

(٢) صير الباب : شقه عند ملتقى الرتاج والعضادة . والخصاص : جمع الخصاصة ، وهى الفرجة أو الخلل أو الخرق ، فى باب أو غيره .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب من أخذ حقه أو اقتص دون السلطان ، وباب من اطلع فى بيت قوم ... ، من كتاب الديات . صحيح البخارى ٩ / ٨ ، ٩ ، ١٣ . ومسلم ، فى : باب تحريم النظر فى بيت غيره ، من كتاب الآداب . صحيح مسلم ٣ / ١٦٩٩ .



المقنع

كِتَابُ الْحَجْرِ

[١١٦و] وَهُوَ عَلَى ضَرْبَيْنِ ؛ حَجْرٌ لِحَقِّ الْغَيْرِ ، نَذْكُرُ مِنْهُ

الشرح الكبير

كِتابُ[1] الحَجْرِ

الحَجْرُ فى اللُّغَةِ : المَنْعُ والتَّضْيِيقُ . ومنه سُمِّىَ الحَرامُ حِجْرًا ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَيَقُولُونَ حِجْرًا مَّحْجُورًا ﴾[2] . أى حَرامًا مُحَرَّمًا . ويُسَمَّى العَقْلُ حِجْرًا ، قال اللهُ تعالى : ﴿ هَلْ فِى ذَٰلِكَ قَسَمٌ لِّذِى حِجْرٍ ﴾[3] . أى عَقْلٍ ، سُمِّىَ حِجْرًا ؛ لأنَّه يَمْنَعُ صاحِبَه مِن ارْتِكابِ ما يَقْبُحُ . وهو فى الشَّرْعِ : مَنْعُ الإِنسانِ مِن التَّصَرُّفِ فى مالِه .

١٩٠٣ – مسألة : (وهو على ضَرْبَيْن) حَجْرٌ على الإِنْسانِ لحَظِّ نَفْسِه ، و (حَجْرٌ لحَقِّ غيرِه) كالحَجْرِ على المَرِيضِ فى التَّبَرُّعِ بما زاد على الثُّلُثِ لحَقِّ الوَرَثَةِ ، وعلى العَبْدِ والمُكاتَبِ لحَقِّ السَّيِّدِ ، والرَّاهِنُ يُحْجَرُ عليه فى الرَّهْنِ لحَقِّ المُرْتَهِنِ . ولهؤلاءِ أبوابٌ يُذْكَرُون فيها . ومِن

الإنصاف

كِتابُ الحَجْرِ

فائدتان ؛ إحْداهما ، الحَجْرُ عِبارَةٌ عن مَنْعِ الحاكِمِ مَن عليه دَيْنٌ حالٌّ يعْجِزُ عنه مالُه المَوْجودُ مُدَّةَ الحَجْرِ مِنَ التَّصَرُّفِ فيه .

الثَّانيةُ ، قوْلُه : وهو على ضَرْبَين ؛ حَجْرٌ لحَقِّ الغَيرِ . وحَجْرٌ لحَقِّ نَفْسِه .

---

(١) فى م : « باب » .

(٢) سورة الفرقان ٢٢ .

(٣) سورة الفجر ٥ .

المقنع هَـٰهُنَا الْحَجْرَ عَلَى الْمُفْلِسِ .

الشرح الكبير ذلك (الحَجْرُ على المُفْلِسِ) لحَقِّ الغُرَماءِ ، وهو المَذْكُورُ هـٰهُنا . والمُفْلِسُ : هو الذى لا مالَ له ، ولا ما يَدْفَعُ به حاجَته ؛ ولهذا لَمّا قال النبىُّ ﷺ لأصْحابه : « أتَدْرُونَ مَنِ الْمُفْلِسُ ؟ » . قالُوا : يا رسولَ اللهِ ، المُفْلِسُ فينا مَن لا دِرْهَمَ له ولا مَتاعَ . قال : « لَيْسَ ذَلِكَ الْمُفْلِسَ ، وَلَكِنَّ الْمُفْلِسَ مَنْ يَأْتِى يَوْمَ الْقِيامَةِ بحَسَناتٍ أمْثالِ الجبالِ ، ويَأْتِى وَقَدْ ضَرَبَ هَذا ، وَلَطَمَ هذَا ، [1]وأكلَ مالَ هذا[1] ، وأخذَ مِنْ عِرْضِ هَذَا ، فَيُؤْخَذُ هَذَا مِنْ حَسَناتِهِ ، وَهَذَا مِنْ حَسَنَاتِهِ ، فَإنْ بَقِىَ عَلَيْهِ شَىْءٌ أُخِذَ مِنْ سَيِّئَاتِهِمْ فَرُدَّ عَلَيْهِ ، ثُمَّ صُكَّ لَهُ صَكٌّ إلى النَّارِ » . أخْرَجه مسلمٌ بمعْناه[2] . فقوْلُهم

الإنصاف فالحَجْرُ لحَقِّ الغيرِ ؛ كالحَجْرِ على المُفْلِسِ ، والمَريضِ بما زادَ على الثُّلُثِ ، والعَبْدِ ، والمُكاتَبِ ، والمُشْتَرِى إذا كانَ الثَّمَنُ فى البَلَدِ ، على ما تقدَّم فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى آخرِ فَصْلِ خِيارِ التَّوْلِيَةِ والرهْنِ[3] ، والزَّوْجَةِ بما زادَ على الثُّلُثِ فى التَّبَرُّعِ ، على ما يأْتِى فى البابِ . والحَجْرُ لحَظِّ نَفْسِه ؛ كالحَجْرِ على الصَّغِيرِ والمَجْنُونِ ، والسَّفِيهِ . فهذه عَشَرَةُ أسْبابٍ للحَجْرِ . وقال فى « الفُروعِ » : ولا يَحْجُرُ الحاكِمُ على مُقَتِّرٍ على نَفْسِه وعِيالِه . واخْتارَ الأزَجِىُّ ، بلَى . فيكونُ هذا سَبَبًا آخرَ ، على قوْلِه .

(١ - ١) زيادة من : م . وهى عند مسلم والإمام أحمد .

(٢) فى : باب تحريم الظلم ، من كتاب البر . صحيح مسلم ١٩٩٧/٤ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣٠٣/٢ ، ٣٣٤ ، ٣٧٢ .

(٣) فى ا : « الراهن » .

الشرح الكبير

ذلك إخْبارٌ عن حَقِيقَةِ المُفْلِسِ ، وقولُ النبيِّ ﷺ : « لَيْسَ ذَلِكَ[1] المُفْلِسَ » [٤/٩٨ظ] . تَجَوُّزٌ لم يُرِدْ به نَفْيَ الحَقِيقَةِ ، بل أراد أنَّ فَلَسَ الآخِرَةِ أشَدُّ وأعْظَمُ ؛ بحيث يَصِيرُ مُفْلِسُ الدُّنْيا بالنِّسْبَةِ إليه كالغَنِيِّ . ونَحْوُ هذا قَوْلُه عليه الصلاةُ والسَّلامُ : « لَيْسَ الشَّدِيدُ بِالصُّرَعَةِ ، إنَّمَا الشَّدِيدُ الَّذِى يَغْلِبُ نَفْسَهُ عِنْدَ الْغَضَبِ »[2] . وقَوْلُه : « لَيْسَ الْغِنَى عَنْ كَثْرَةِ الْعَرَضِ ، إنَّمَا الْغِنَى غِنَى النَّفْسِ »[3] . ومنه قولُ الشّاعِرِ[4] :

لَيْسَ مَنْ مَاتَ فَاسْتَرَاحَ بِمَيْتٍ ... إنَّمَا المَيْتُ مَيِّتُ الأحْيَاءِ

قِيلَ : إنَّما سُمِّىَ هذا مُفْلِسًا ؛ لأنَّه لا مالَ له إلَّا الفُلُوسَ ، وهى أدْنَى أنْواعِ المالِ . والمُفْلِسُ فى عُرْفِ الفُقَهاءِ : مَن دَيْنُه أكْثَرُ مِن مالِه . وسَمَّوْه مُفْلِسًا وإن كان ذا مالٍ ؛ لأنَّ مالَه مُسْتَحَقُّ الصَّرْفِ فى جِهَةِ دَيْنِه ، فكأنَّه مَعْدُومٌ . وقد دَلَّ عليه تَفْسِيرُ النبيِّ ﷺ مُفْلِسَ الآخِرَةِ ، فإنَّه أخْبَرَ أنَّ له حَسَناتٍ أمثالَ الجِبالِ ، لكنَّها لا تَفِى بما عليه ، فقُسِمَتْ بينَ الغُرَماءِ ،

الإنصاف ....

(١) فى الأصل ، ر : « ذلكم » .

(٢) تقدم تخريجه فى ٢١١/٧ .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب الغنى غنى النفس ، من كتاب الرقاق . صحيح البخارى ١١٨/٨ . ومسلم ، فى : باب ليس الغنى عن كثرة العرض ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٧٢٦/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء أن الغنى غنى النفس ، من أبواب الزهد . عارضة الأحوذى ٢٢١/٩ . وابن ماجه ، فى : باب القناعة ، من كتاب الزهد . سنن ابن ماجه ١٣٨٦/٢ . والإمام أحمد ، فى المسند : ٢٤٣/٢ ، ٢٦١ ، ٣١٥ ، ٣٩٠ ، ٤٣٨ ، ٤٤٣ ، ٥٣٩ ، ٥٤٠ .

(٤) نسب ابن منظور البيت ، فى اللسان (م و ت) ، إلى عدى بن الرعلاء الغسانى ، أحد بنى عمرو بن مازن ، والرعلاء أمه ، وكذلك نسبه ابن يعيش فى : شرح المفصل ٦٩/١٠ . ونسبه ياقوت ، فى معجم الأدباء ٩/١٢ إلى صالح بن عبد القدوس .

المقنع

وَمَنْ لَزِمَهُ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، لَمْ يُطَالَبْ بِهِ قَبْلَ أَجَلِهِ ، وَلَمْ يُحْجَرْ عَلَيْهِ مِنْ أَجْلِهِ . فَإِنْ أَرَادَ سَفرًا يَحِلُّ الدَّيْنُ قَبْلَ مُدَّتِهِ ، فَلِغَرِيمِهِ مَنْعُهُ ، إِلَّا أَنْ يُوَثِّقَهُ بِرَهْنٍ أَوْ كَفِيلٍ .

الشرح الكبير

وبَقِىَ لا شىءَ له . ويَجُوزُ أن يَكونَ سُمِّىَ بذلك ؛ لِما يَئُولُ إليه مِن عَدَمِ مالِه بعدَ وَفاءِ دَيْنِه . ويَجُوزُ أن يَكُونَ سُمِّىَ بذلك ؛ لأنَّه يُمْنَعُ مِن التَّصَرُّفِ فى مالِه ، إلَّا الشىءَ التّافِهَ الذى لا يَعِيشُ إلَّا به ، كالفُلُوسِ .

١٩٠٤ – مسألة : (ومَنْ لَزِمَه دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، لم يُطالَبْ به قبلَ أجَلِه) لأنَّه لا يَلْزَمُه أداؤُه (ولم يُحْجَرْ عليه مِن أجْلِه) لأنَّه لا يَسْتَحِقُّ المُطالَبَةَ به ، فلم يَجُزْ مَنْعُه مِن التَّصَرُّفِ فى مالِه بسَبَبِه . فإن كان بعضُ دَيْنِه مُؤَجَّلًا ، وبعضُه حالًّا ، وكان مالُه يَفِى بالحالِّ ، لم يُحْجَرْ عليه أيْضًا . وقال بعضُ أصْحابِ الشافعىِّ : إن ظَهَرَتْ أماراتُ الفَلَسِ ؛ لكَوْنِ مالِه بإزاءِ دَيْنِه ، ولا نَفَقَةَ له إلَّا مِن مالِه ، حُجِر عليه فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّ الظّاهِرَ أنَّ مالَه يَعْجِزُ عن دُيُونِه ، فهو كما لو كان مالُه ناقِصًا . ولَنا ، أنَّ مالَه وافٍ بما يَلْزَمُه أداؤُه ، فلم يُحْجَرْ عليه ، كما لو لم تَظْهَرْ أماراتُ الفَلَسِ ، ولأنَّ الغُرَماءَ لا يُمكِنُهم طَلَبُ حُقُوقِهم فى الحالِ ، فلا حاجَةَ إلى الحَجْرِ .

١٩٠٥ – مسألة : (فإن أراد سَفَرًا يَحِلُّ الدَّيْنُ قبلَ مُدَّتِه ، فلِغَرِيمِه مَنْعُه ، إلَّا أن يُوَثِّقَه برَهْنٍ أو كَفِيلٍ) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ المَدِينَ إذا أراد

الإنصاف

تنبيه : قوْلُه : فإنْ أرادَ سَفَرًا يَحِلُّ الدَّيْنُ قبلَ مُدَّتِه ، فلغَرِيمِه مَنْعُه ، إلَّا أنْ يُوَثِّقَه برَهْنٍ ، أو كَفِيلٍ . بلا نِزاعٍ . لكِنْ مِن شَرْطِ الكَفِيلِ ، أنْ يكونَ مَلِيئًا . ذكَرَه الأصحابُ . وهو واضِحٌ .

المقنع

وَإِنْ كَانَ لَا يَحِلُّ قَبْلَهُ ، فَفِى مَنْعِهِ رِوَايَتَانِ .

الشرح الكبير

السَّفَرَ ، وأرادَ غَرِيمُه مَنْعَه ، نَظَرْنا ؛ فإن كان مَحِلُّ الدَّيْنِ قبلَ مَحِلِّ قُدُومِه مِن السَّفَرِ ، كمَن يُسافِرُ إلى الحَجِّ لا يَقْدَمُ إلَّا فى صَفَر ، ودَيْنُه يَحِلُّ فى المُحَرَّمِ ، فله مَنْعُه مِن السَّفَرِ ؛ لأنَّ عليه ضَرَرًا فى تَأْخِيرِ حَقِّه عن مَحِلِّه . فإن أقام ضَمِينًا مَلِيئًا ، أو دَفَع رَهْنًا يَفِى بالدَّيْنِ عندَ المَحِلِّ ، فله السَّفَرُ ؛ لزَوالِ الضَّرَرِ بذلك .

١٩٠٦ – مسألة : (فإن كان لا يَحِلُّ) الدَّيْنُ (قبلَه ، ففى مَنْعِه رِوايَتانِ) أمّا إذا كان الدَّيْنُ لا يَحِلُّ إلَّا بعدَ مَحِلِّ السَّفَرِ ، مثلَ أن يَكُونَ مَحِلُّه فى رَبِيعٍ ، وقُدُومُه فى صَفَر ، فإن كان سَفَرُه إلى الجِهادِ ، فلغَرِيمِه مَنْعُه إلَّا بضَمِينٍ أو رَهْنٍ ؛ لأنَّه سَفَرٌ يَتَعَرَّضُ فيه لذَهَابِ النَّفْسِ ، فلا يَأْمَنُ فواتَ [٩٩/٤و] الحَقِّ . وإن كان لغيرِ الجِهادِ ، فليس له مَنْعُه ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّ هذا السَّفَرَ ليس بأَمارةٍ على مَنْعِ الحَقِّ فى مَحِلِّه ، فلم يَمْلِكْ مَنْعَه منه ، كالسَّفَرِ القَصِيرِ ، وكالسَّعْىِ إلى الجُمُعَةِ . والثانيةُ ، له مَنْعُه ؛ لأنَّ قُدُومَه عندَ المَحِلِّ غيرُ

الإنصاف

قوله : وإنْ كان لا يَحِلُّ قبلَه ، ففى مَنْعِه رِوايَتان . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « خِصالِ ابنِ البَنَّا » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، و « الحاوِى » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، وغيرِهم ؛ إحْداهما ، له مَنْعُه . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : فله مَنْعُه على الأصَحِّ . وصحَّحَه فى « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « البُلْغَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » . قال فى « المُذْهَبِ » : مُنِعَ فى ظاهِرِ

الشرح الكبير

مُتَيَقَّنٍ ولا ظاهِرٍ ، فمَلَكَ مَنْعَه منه ، كالأوَّلِ . وقال الشافعىُّ : ليس له مَنْعُه مِن السَّفَرِ ولا المُطالَبَةُ بكَفِيلٍ ، إذا كان الدَّيْنُ مُؤَجَّلًا ، بحالٍ ، سَواءٌ كان الدَّيْنُ يَحِلُّ قبلَ مَحِلِّ سَفَرِه أو لا ، إلى الجِهادِ أو إلى غيرِه ؛ لأنَّه لا

الإنصاف

المذهبِ . والثَّانيةُ ، ليس له مَنْعُه . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، و « العُدَّةِ » . واخْتارَه القاضى . وقدَّمه فى « الخُلاصَةِ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » .

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّ الرِّوايتَيْن فى السَّفَرِ ، سواءٌ كان مَخُوفًا أو غيرَ مَخُوفٍ . وهو ظاهِرُ كلامِه فى « الهِدايَةِ » ، و « الكافِى » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم . ولعَلَّه الصَّوابُ . ومَحَلُّهما عندَ صاحِبِ « الفُروعِ » ، إذا كان السَّفَرُ مَخُوفًا ، كالجِهادِ ونحوِه . وحكَى فى السَّفَرِ غيرِ المَخُوفِ وَجْهَين . قال فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » : فإنْ أرادَ سفرًا مُدَّةً قبلَ أجَلِ الدَّيْنِ ، جازَ كالجِهادِ . وأدْخَلَ صاحِبُ « الواضِحِ » فى السَّفَرِ المَخُوفِ ، الحَجَّ . ومَحَلُّهما عندَ المُصَنِّفِ و « المُغْنِى » ، وابنِ البَنَّا ، وصاحِبِ « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » ، و « الفائقِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، فى غيرِ الجِهادِ ، (1) فأمَّا فى الجِهادِ (1) ، فيُمْنَعُ ، حتى يُوَثِّقَه برَهْنٍ أو ضَمِينٍ ، على رِوايَةٍ واحِدَةٍ . وظاهِرُ كلامِه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، أنَّ مَحَلَّ الخِلافِ فى غيرِ الجِهادِ ، وأنَّ الجِهادَ لا يُمْنَعُ منه ، قوْلًا واحِدًا ؛ لأنَّه قال : ومَن عليه دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، فله السَّفَرُ دُونَ أجَلِه . وعنه ، لا يُسافِرُ غيرُ مُجاهِدٍ ، حتى يأْتِىَ برَهْنٍ أو ضَمِينٍ .

(1 - 1) فى الأصل ، ط : « وأما الجهاد » .

الشرح الكبير

يَمْلِكُ المُطالَبَةَ بالدَّيْنِ ، فلم يَمْلِكْ مَنْعَه مِن السَّفرِ ولا المُطالَبَةَ بكَفيلٍ ، كالسَّفَرِ الآمِنِ القَصِيرِ . ولَنا ، أنَّه سَفَرٌ يَمْنَعُ اسْتِيفاءَ الدَّيْنِ فى مَحِلِّه ، فمَلَكَ مَنْعَه منه إذا لم يُوَثِّقْه برَهْنٍ أو كَفِيلٍ ، كالسَّفَرِ بعدَ حُلُولِ الحَقِّ ، ولأنَّه لا يَمْلِكُ تَأْخِيرَ الدَّيْنِ عن مَحِلِّه ، وفى السَّفَرِ المُخْتَلَفِ فيه تَأْخِيرُه عن مَحِلِّه ، فلم يَمْلِكْ ، كجَحْدِه[1] .

الإنصاف

وتقدَّم كلامُه فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، فإنَّ ظاهِرَه كذلك . فلَعلَّهما أرادا إذا تعيَّنَ عليه ، وإلَّا فبَعِيدٌ . وقد تقدَّم فى أوَّلِ كتابِ الجِهادِ ، أنَّه لا يُجاهِدُ مَن عليه دَيْنٌ لا وَفاءَ له ، إلَّا بإذْنِ غَرِيمِه . على الصَّحيحِ . وذكَرْنا هناك الخِلافَ ، وأنَّ لنا قوْلًا : لا يَسْتَأْذِنُه فى الجِهادِ إذا كان الدَّيْنُ مُؤَجَّلًا . وقوْلًا : إذا كان المَدْيُونُ جُنْدِيًّا مَوْثُوقًا به ، لا يَسْتَأْذِنُه ، ويَسْتَأْذِنُه غيرُه . ومَحَلُّهما عندَ المُصَنِّفِ أيضًا ، والشَّارِحِ ، وجماعَةٍ ، إذا كانَ السَّفَرُ طَوِيلًا ؛ لأنَّهم علَّلُوا رِوايَةَ عدَمِ المَنْعِ ، فقالُوا : لأنَّ هذا السَّفَرَ ليس بأمارَةٍ على مَنْعِ الحَقِّ فى محِلِّه ، فلم يَمْلِكْ مَنْعَه منه ، كالسَّفَرِ القَصِيرِ . ولعَلَّه أوْلَى . فهذه سِتُّ طُرُقٍ فى محَلِّ الخِلافِ .

فائدتان ؛إحْداهما ، اخْتارَ الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، أنَّ مَن أرادَ سفَرًا ، وهو عاجِزٌ عن وَفاءِ دَيْنِه ، أنَّ لغَرِيمِه مَنْعَه حتى يُقِيمَ كَفِيلًا ببَدَنِه . قال فى « الفُروعِ » : وهو مُتَّجِهٌ . قلتُ : مِن قَواعِدِ المذهبِ ، أنَّ العاجزَ عن وَفاءِ دَيْنِه ، إذا كان له حِرْفَةٌ ، يُلْزَمُ بإيجارِ نَفْسِه لقَضاءِ الدَّيْنِ . فلا يَبْعُدُ أنْ يُمْنَعَ ؛ ليَعْمَلَ . الثَّانيةُ ، لو طُلِبَ منه دَيْنٌ حالٌّ يقْدِرُ على وَفائِه ، فسافَرَ قبلَ وَفائِه ، لم يَجُزْ له أنْ يَترَخَّصَ . على الصَّحيحِ

---

(1) فى م : « كحجره » .

المقنع وَإِنْ كَانَ حَالًّا ، وَلَهُ مَالٌ يَفِي بِهِ ، لَمْ يُحْجَرْ عَلَيْهِ ، وَيَأْمُرُهُ الْحَاكِمُ بِوَفَائِهِ ، فَإِنْ أَبَى حَبَسَهُ .

الشرح الكبير **١٩٠٧** - مسألة : (وإن كان حالًّا ، وله مالٌ يَفِي به ، لم يُحْجَرْ عليه) لعَدَمِ الحاجَةِ إلى ذلك (ويَأْمُره الحَاكِمُ بوَفائِه ، فإن أَبى حَبَسَه) لقَوْلِ رسولِ اللهِ ﷺ : « لَىُّ الْوَاجِدِ ، يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَه » . رَواهُ (١)الإمامُ أحمدُ فى « المُسْنَدِ »(١) فعُقُوبَتُه حَبْسُه ، وعِرْضُه أن يُغْلِظَ له ، فيَقُولُ له : يا ظالِمُ ، يا مُتَعَدِّى . ونحوَ ذلك .

الإنصاف مِنَ المذهبِ . وقيل : يجوزُ . وإنْ لم يُطْلَبْ منه الدَّيْنُ الحالُّ ، أو يحِلَّ فى سفَرِه . فقيلَ : له القَصْرُ والتَّرَخُّصُ ؛ لِئَلَّا يُحْبَسَ قبلَ ظُلْمِه ، كحَبْسِ الحاكمِ . وقيل : لا يجوزُ له ذلك إلَّا أنْ يُوَكِّلَ فى قَضائِه ؛ لِئَلَّا يَمْنَعَ به واجِبًا . ذكَر هذَين الوَجْهَين ابنُ عَقِيلٍ . وأطْلَقَهما فى « القاعِدَةِ الثَّالِثَةِ والخَمْسِين » ، وأطْلَقَهما ابنُ تَميمٍ فى بابِ قَصْرِ الصَّلاةِ ، وكذا ابنُ حَمْدانَ . وقيل : إنْ سافَرَ وَكِيلٌ فى القَضاءِ ، لم يتَرَخَّصْ . قلتُ : يحْتَمِلُ أنْ يُبْنَى الخِلافُ هنا على الخِلافِ فى وُجوبِ الدَّفْعِ قبلَ الطَّلَبِ وعدَمِه ، على ما تقدَّم فى آخِرِ بابِ القَرْضِ [٢/ ١٣٤ظ] . والمذهبُ ، لا يجِبُ قبلَ الطَّلَبِ ، فله القَصْرُ . وأطْلَقَهُنَّ فى « الفُروعِ » .

قوله : وإنْ كان حَالًّا ، وله مَالٌ يَفِى به ، لم يُحْجَرْ عليه ، ويَأْمُره الحاكِمُ بوَفائِه ،

(١ - ١) فى م : « أحمد » .

والحديث فى : المسند ٣٨٨/٤ ، ٣٨٩ . كما أخرجه البخارى ، فى : باب لصاحب الحق مقال ، من كتاب الاستقراض . صحيح البخارى ١٥٥/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى الحبس بالدين وغيره ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢٨٢/٢ . والنسائى ، فى : باب مطل الغنى ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٧٨/٧ . وابن ماجه ، فى : باب الحبس فى الدين والملازمة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٨١١/٢ .

المقنع

فَإِنْ أَصَرَّ ، بَاعَ مَالَهُ ، وَقَضَى دَيْنَهُ .

الشرح الكبير

١٩٠٨ - مسألة : (فإن أصرَّ باعه الحاكِمُ وقَضَى دَيْنَه) وجُمْلَتُه ، أنَّ الغَرِيمَ إذا حُبِس فصَبَرَ على الحَبْسِ ، و لم يَقْضِ الدَّيْنَ ، قَضَى الحاكِمُ دَيْنَه مِن مالِه . وإنِ احْتاجَ إلى بَيْعِ مالِه فى قَضاءِ دَيْنِه ، باعَه وقَضَى دَيْنَه . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ ، وأبى يُوسُفَ ، ومحمدٍ . وقال أبو حنيفةَ : ليس

الإنصاف

فإنْ أبَى ، حبَسَه . القَوْلُ بالحَبْسِ ، اخْتارَه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به أكثرُهم ، وعليه العَمَلُ . وهو الصَّوابُ . ولا تخْلُصُ الحُقوقُ فى هذه الأزْمِنَةِ غالِبًا إلَّا به ، وبما هو أشَدُّ منه . وقال ابنُ هُبَيْرَةَ فى « الإفْصاحِ » : أوَّلُ مَن حبَس على الدَّيْنِ ، شُرَيْحٌ القاضى ، ومضَتِ السُّنَّةُ فى عَهْدِ النَّبِىِّ ﷺ ، وأبِى بَكْرٍ ، وعمرَ ، وعثمانَ ، وعلِىٍّ ، أنَّه لا يُحْبَسُ على الدُّيونِ ، لكِنْ يَتلازَمُ[1] الخَصْمان . وأمَّا الحَبْسُ الآنَ على الدَّيْنِ ، فلا أعْلَمُ أنَّه يجوزُ عندَ أحَدٍ مِنَ المُسْلِمِين . وتكَلَّمَ على ذلك وأطالَ . ذكَرَه فى « الفُروعِ » ، و « الطَّبَقاتِ » .

فائدة : إذا حُبِسَ ، فليس للحاكِمِ إخْراجُه حتى يَتَبَيَّنَ له أمْرُه ، أو يُبَرِّئَه غَرِيمُه ، أو يَرْضَى بإخْراجِه . فإذا تبَيَّنَ أمْرُه ، لم يَسَعِ الحاكِمَ حَبْسُه ، ولو لم يَرْضَ غَرِيمُه ؛ لأنَّه ظُلْمٌ مَحْضٌ .

قوله : فإنْ أصَرَّ ، باعَ مالَه ، وقضَى دَيْنَه . إذا أصَرَّ على الحَبْسِ ، فقال المُصَنِّفُ هنا : يَبِيعُ الحاكِمُ مالَه ، ويقْضِى دَيْنَه ، مِن غيرِ ضَرْبٍ[2] . قال فى « الفائقِ » :

(١) فى الأصل ، ط : « لايتلازم » .

(٢) فى الأصل ، ط : « ضرر » .

الشرح الكبير

للحاكِمِ بَيْعُ مالِه ، لكنَّه يُجْبرُه على البَيْعِ إذا لم يُمْكِنِ الإِيفاءُ بدُونِه ، فإنِ امْتَنَعَ لم يَبِعْه الحاكِمُ ، وإنَّما يَحْبِسُه لِيَبِيعَ بنَفْسِه ، إلَّا أن يكُونَ عليه أحَدُ النَّقْدَيْنِ ، ومالُه مِن النَّقْدِ الآخرِ ، فيَدْفَعُ أحَدَ النَّقْدَيْن عن الآخرِ ؛ لأنَّه رَشِيدٌ لا وِلايَةَ عليه ، فلم يَجُزْ بَيْعُ مالِه بغيرِ إذْنِه ، كالذى لا دَيْنَ عليه . ولَنا ، (1) ما رَوَى كَعْبُ بنُ مالِكٍ (1) ، أنَّ النبىَّ ﷺ حَجَر على مُعاذٍ ، وباع مالَه فى دَيْنِه . رَواه الخَلَّالُ بإسْنادِه[2] . ورُوِىَ عن عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه خَطَبَ النَّاسَ ، وقال : ألا إنَّ أُسَيْفِعَ جُهَيْنَةَ قد رَضِىَ مِن دِينِه

الإنصاف

أبى الضَّرْبَ الأكْثَرُون . وقال جماعةٌ مِنَ الأصحابِ : إذا أصَرَّ على الحَبْسِ ، وصبَر عليه ، ضرَبَه الحاكِمُ . نقَلَه حَنْبَلٌ . ذكَرَه عنه فى « المُنْتَخَبِ » وغيرِه . قال فى « الفُصولِ » وغيرِه : يَحْبِسُه ، فإنْ أبَى ، عزَّرَه . قال : ويُكَرِّرُ حَبْسَه وتَعْزِيرَه حتى يَقْضِيَه . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : نصَّ عليه الأئمَّةُ مِن أصحابِ أحمدَ وغيرِهم ، ولا أعْلَمُ فيه نِزاعًا ، لكِنْ لا يُزادُ فى كلِّ يَوْمٍ على أكثرِ التَّعْزيرِ ، إنْ قِيلَ بتَقْديرِه . انتهى .

فائدتان ؛ إحْداهما ، متى باعَ الحاكِمُ عليه ، فقال فى « الفُروعِ » : ذكَر جماعَةٌ أنَّه يُحْبَسُ ، فإنْ لم يَقْضِه ، باعَ الحاكِمُ وقَضاه . فظاهِرُه ، يجِبُ على الحاكِمِ بَيْعُه . نقَل حَنْبَلٌ ، إذا تَقاعَدَ بحُقوقِ النَّاسِ ، يُباعُ عليه ، ويُقْضَى . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : لا يَلزَمُه أنْ يَبِيعَ عليه . وقال أيضًا : مَن طُولِبَ بأداءِ حقٍّ عليه ، فطَلَب

(1 - 1) سقط من : م .

(2) وأخرجه البيهقى ، فى : باب الحجر على المفلس وبيع ماله فى ديونه ، من كتاب التفليس . السنن الكبرى 6/48 .

. والدارقطنى ، فى : كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطنى 4/231 .

الشرح الكبير

وأمانَتِه بأن يُقالَ : سَبَقَ الحاجَّ . فادّانَ مُعْرِضًا ، فأصْبَحَ وقد رِينَ به[1] ، فمَن كان له عليه مالٌ فليَحْضُرْ غدًا ، فإنّا بائِعو مالِه وقاسِمُوه بينَ غُرَمائِه[2]. ولأنَّه مَحْجُورٌ عليه ، مُحْتاجٌ إلى قَضاءِ دَيْنِه ، فجازَ بَيْعُ مالِه بغيرِ رِضاه ، كالصَّغيرِ والسَّفِيهِ ، ولأنَّه نَوْعُ مالٍ ، فجاز بَيْعُه فى قَضاءِ دَيْنِه ، كالأثْمانِ ، وقِياسُهم يَبْطُلُ ببَيْعِ الدَّراهِمِ بالدَّنانِيرِ . [٤/٩٩ظ]

الإنصاف

إمْهالًا ، أُمْهِلَ بقَدْرِ ذلك اتِّفاقًا ، لكِنْ إذا خافَ غَرِيمُه منه ، احْتاطَ عليه بمُلازَمَةٍ ، أو كَفِيلٍ ، أو تَرْسِيمٍ عليه . الثَّانيةُ ، لو مطَل غَرِيمَه حتى أحْوَجَه إلى الشِّكايَةِ ، فما غَرِمَه بسَبَبِ ذلك يَلزَمُ[3] المُماطِلَ . جزَم به فى « الفُروعِ » . قالَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أيضًا . قلتُ : ونَظِيرُ ذلك ماذكَرَه المُصَنِّفُ ، والأصحابُ ، فى بابِ اسْتِيفاءِ القِصاصِ ، فى أثْناءِ فَصْلٍ ، ولا يُسْتَوْفَى القِصاصُ إلَّا بحَضْرَةِ السُّلْطانِ . ثم قال : [4]وإلَّا أمَرَه[4] بالتَّوْكِيلِ ، وإنِ احْتاجَ إلى أُجْرَةٍ ، فمِن مالِ الجانِى . وكذا أُجْرَةُ القَطْعِ فى السَّرِقَةِ على السَّارِقِ . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، فى بابٍ مِنَ الدَّعاوَى : وإنْ أحْضَرَ المُدَّعَى به ، ولم يَثْبُتْ للمُدَّعِى ، لَزِمَه مُؤْنَةُ إحْضارِه ورَدِّه ، وإلَّا لَزِما المُنْكِرَ . وتقدَّم كلامُ الشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ فى الضَّمانِ ، إذا تَغَيَّبَ المَضْمونُ عنه حتى غَرِمَ الضَّامِنُ شيئًا بسَبَبِه ، أو أنْفَقَه فى الحَبْسِ ، أنَّه يَرْجِعُ به على المَضْمونِ عنه . وقال أيضًا : لو غَرِمَ بسَبَبِ كَذِبٍ عليه عندَ وَلِيِّ الأمْرِ ، رجَع به على الكاذِبِ . ذكَرَه عنه فى « الفُروعِ » ، فى أوائلِ الفَصْلِ الأوَّلِ ، مِن كتابِ الغَصْبِ .

---

(١) رين به : أحاط الدين بماله .

(٢) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب جامع القضاء وكراهيته ، من كتاب الوصية . الموطأ ٢/ ٧٧٠ .

(٣) فى الأصل ، ط : « فلا يلزم » . انظر : الفروع ٤/ ٢٩٢ . ومجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠/ ٢٥ .

(٤ - ٤) فى الأصل ، ط : « والأمر » .

المقنع

وَإِنِ ادَّعَى الْإِعْسَارَ ، وَكَانَ دَيْنُهُ عَنْ عِوَضٍ ، كَالْبَيْعِ وَالْقَرْضِ ، أَوْ عُرِفَ لَهُ مَالٌ سَابِقٌ ، حُبِسَ ، إِلَّا أَنْ يُقِيمَ الْبيِّنَةَ عَلَى نَفَادِ مَالِهِ وَإِعْسَارِهِ . وَهَلْ يَحْلِفُ مَعَهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ ، حَلَفَ وَخُلِّيَ سَبِيلُهُ .

الشرح الكبير

١٩٠٩ - مسألة : (وإنِ ادَّعَى الإِعْسارَ ، وكان دَيْنُه عن عِوَضٍ ، كالبَيْعِ والقَرْضِ ، أو عُرِفَ له مالٌ سابقٌ ، حُبِس ، إلَّا أن يُقِيمَ البَيِّنَةَ على نَفادِ مالِه وإعْسارِه . وهل يَحْلِفُ معها ؟ على وَجْهَيْن . وإن لم يكنْ كذلك ، حَلَف وخُلِّيَ سَبِيلُه) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ مَن وَجب عليه دَيْنٌ حالٌّ ، فطُولِبَ به ، فلم يُؤَدِّه ، فإن كان فى يَدِه مالٌ ظاهِرٌ ، أمَرَه الحاكِمُ بالقَضاءِ . وإن لم يَظْهَرْ له مالٌ ، فادَّعَى الإِعْسارَ ، فصَدَّقه غَرِيمُه ، لم

الإنصاف

قوله : وإنِ ادَّعَى الإِعْسارَ ، وكان دَيْنُه عن عِوَضٍ ، كالبَيْعِ والقَرْضِ ، أو عُرِفَ له مَالٌ سابِقٌ ، حُبِسَ ، إلَّا أنْ يُقِيمَ البَيِّنَةَ على نَفادِ مَالِه ، أو إعْسارِه ، وهل يَحْلِفُ معها ؟ على وَجْهَيْن . إذا ادَّعَى الإِعْسارَ ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ دَيْنُه عن عِوَضٍ ، أو يُعْرَفَ له مالٌ سابِقٌ ، أو غيرَ ذلك . فإنْ كان دَيْنُه عن عِوَضٍ ؛ كالبَيْعِ ، والقَرْضِ ، ونحوِهما ، والغالِبُ بَقاؤُه ، أو عن غيرِ مالٍ ، كالضَّمانِ ، ونحوِه ، وأقَرَّ أنَّه مَلِئٌ ، أو عُرِفَ له مالٌ سابِقٌ ، لم يُقْبَلْ قوْلُه إلَّا ببَيِّنَةٍ . ثم إنَّ البَيِّنَةَ لا تَخْلُو ؛ إمَّا أنْ تَشْهَدَ بنَفادِ مالِه ، أو إعْسارِه . فإنْ شَهِدَتْ بنَفادِ مالِه أو تلَفِه ، حلَف معها ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، أنْ لا مالَ له فى الباطِنِ . قال فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : ويَحْلِفُ معها على الأصحِّ . قال فى « الفائقِ » : حلَف معها فى أصحِّ الوَجْهَيْن . وجزَم به فى « الكافِى » ، و « التَّلْخيصِ » ،

الشرح الكبير

يُحْبَسْ ، ووَجَب إنْظارُه ، و لم يَجُزْ مُلازَمَتُه ؛ لقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾[1] . ولقَوْلِ النبيِّ ﷺ لغُرَماءِ الذى كَثُر دَيْنُه : « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ ، لَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ »[2] . ولأنَّ الحَبْسَ إمّا أن يَكُونَ لإثْباتِ عُسْرَتِه أو لقضاءِ دَيْنِه ، وعُسْرَتُه ثابِتَةٌ والقَضاءُ مُتَعَذِّرٌ ، فلا فائِدَةَ فى الحَبْسِ . فإن كَذَّبَه غَرِيمُه ، فلا يَخْلُو ؛ إمّا أن يَكُونَ عُرِف له مالٌ أو لم يُعْرَفْ ، فإن عُرِف له مالٌ ؛ لكَوْنِ الدَّيْنِ ثَبَتَ عن مُعاوَضَةٍ ، كالقَرْضِ والبَيْعِ ، أو عُرِف له أصْلُ مالٍ سِوَى هذا ، فالقَوْلُ قولُ غَرِيمِه مع يَمِينِه . فإذا حَلَفَ أنَّه ذو مالٍ ، حُبِس حتى تَشْهَدَ البَيِّنَةُ بإعْسارِه . قال ابنُ المُنْذِرِ : أكْثَرُ مَن نَحْفَظُ عنه مِن عُلَماءِ الأمْصارِ وقُضاتِهم يَرَوْن الحَبْسَ فى الدَّيْنِ ؛ منهم مالِكٌ ، والشافعىُّ ، وأبو عُبَيْدٍ ، والنُّعْمانُ ، وسَوّارٌ ، وعُبَيْدُ اللهِ بنُ الحَسَنِ . ورُوِىَ عن شُرَيْحٍ ، والشَّعْبِىِّ . وكان

الإنصاف

و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » . والوَجْهُ الثَّانِى ، لا يَحْلِفُ مع بَيِّنَةٍ هنا . وإنْ شَهِدَتْ بإعْسارِه ، فلابُدَّ أنْ تكونَ البَيِّنَةُ ممَّن يُخْبِرُ باطِنَ حالِه ؛ لأنَّها شَهادَةٌ

---

(١) سورة البقرة ٢٨٠ .

(٢) أخرجه مسلم ، فى : باب استحباب وضع الدين ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩١/٣ . وأبو داود ، فى : باب وضع الجائحة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٤٨/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء من تحل له الصدقة من الغارمين وغيرهم ، من أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ١٥٥/٣ . والنسائى ، فى : باب وضع الجوائح ، وفى : باب الرجل يبتاع البيع فيفلس ... ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٣٣/٧ ، ٢٧٥ . وابن ماجه ، فى : باب تفليس المعدم والبيع عليه لغرمائه ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٨٩/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٦/٣ .

الشرح الكبير

عُمَرُ بنُ عبدِ العَزِيزِ يَقُولُ : يُقْسَمُ مالُه بينَ الغُرَماءِ ، ولا يُحْبَسُ . وبه قال عبيدُ اللهِ[1] بنُ أبى جَعْفَرٍ ، واللَّيْثُ بنُ سعدٍ . ولَنا ، أنَّ الظَّاهِرَ قولُ الغَرِيمِ ، فكان القَوْلُ قَوْلَه ، كسائِرِ الدَّعاوَى . فإن شَهِدَتِ البَيِّنَةُ بتَلَفِ مالِه ، قُبِلَتْ شَهادَتُهُم ، سَواءٌ كانت مِن أهلِ الخِبْرَةِ الباطِنَةِ ، أو لم تكُنْ ؛ لأنَّ التَّلَفَ يَطَّلِعُ عليه أهْلُ الخِبْرَةِ وغيرُهم . وإن طَلَب الغَرِيمُ إحْلافَه على ذلك ، لم يُجَبْ إليه ؛ لأنَّه تكْذِيبٌ للبَيِّنَةِ ، وإن شَهِدَتْ مع ذلك بالإِعْسارِ ، اكْتُفِىَ بشَهادَتِها[2] ، وثَبَتَتْ عُسْرَتُه ، وإن لم تَشْهَدْ إلَّا بالتَّلَفِ ، وطَلَبَ الغَرِيمُ يَمِينَه على عُسْرَتِه ، وأنَّه ليس له مالٌ آخَرُ ، اسْتُحْلِفَ على ذلك ؛ لأنَّه غيرُ ما شَهِدَتْ به البَيِّنَةُ . وإن لم تَشْهَدْ بالتَّلَفِ ، وإنَّما شَهِدَتْ بالإِعْسارِ ، لم تُقْبَلِ الشَّهادَةُ إلَّا مِن ذى خِبْرَةٍ باطِنَةٍ ؛ لأنَّ هذا فى الأُمُورِ الباطِنَةِ ، لا يَطَّلِعُ عليه فى الغَالِبِ إلَّا أهْلُ الخِبْرَةِ والمُخالَطَةِ . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ . وحُكِىَ عن مالِكٍ أنَّه قال : لا تُسْمَعُ البَيِّنَةُ على

الإنصاف

على نَفْىٍ ، قُبِلَتْ للحاجَةِ ، ولا حَلِفَ معها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وهو ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الفُروعِ » : ولم يَحْلِفْ معها ، على الأصحِّ ؛ لئَلَّا يكونَ [٢/ ١٣٥و] مُكَذِّبًا لبَيِّنَتِه . وجزَم به فى « الكافِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » . وقدَّمه

(١) فى م : « عبد الله » .

وهو عبيد الله بن أبى جعفر يسار أبو بكر ، المصرى الفقيه ، مولى بنى كنانة ، ثقة عالم عابد ، ولد سنة ستين ، وتوفى سنة ست وثلاثين ومائة . تهذيب التهذيب ٧/ ٥ ، ٦ .

(٢) فى م : « بشهادتهما » .

الشرح الكبير

الإِعْسارِ ؛ لأنَّها شَهادَةٌ على النَّفْيِ ، فلم تُسْمَعْ ، كما لو شَهِدَتْ على[1] أنَّه لا دَيْنَ عليه . ولَنا ، ما رَوَى قَبِيصَةُ بنُ [٤/١٠٠و] المُخارِقِ ، أنَّ النبيَّ ﷺ قال : « يا قَبِيصَةُ ، إنَّ الْمَسْأَلَةَ لَا تَحِلُّ إلَّا لِأحَدِ ثَلاثَةٍ ؛ رَجُلٌ تَحَمَّلَ حَمَالَةً ، فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَهَا[2] ثُمَّ يُمْسِكُ ، وَرَجُلٌ أَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ فاجْتَاحَتْ مَالَه ، فحَلَّتْ له المَسْأَلَةُ حتى يُصِيبَ قِوَامًا مِنْ عَيْشٍ - أو قال - سِدَادًا مِنْ عَيْشٍ ، ورَجُلٌ أَصَابَتْه فَاقَةٌ حَتَّى يَقُولَ ثَلاثَةٌ مِنْ ذَوِى[3] الْحِجَا مِنْ قَوْمِه : لَقَدْ أَصَابَتْ فُلَانًا فَاقَةٌ . فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَ قِوَامًا مِنْ عَيْشٍ - أو قال - سِدَادًا مِنْ عَيْشٍ » . رَواه

الإنصاف

فى « التَّلْخيصِ » ، و « الشَّرْحِ » . والوَجْهُ الثَّانِى ، يحَلِفُ معها . وذكَر ابنُ أبِى مُوسى ، عن بعضِ الأصحابِ ، أنَّه يَحْلِفُ مع بَيِّنَتِه أنَّه مُعْسِرٌ ؛ لأنَّها تَشْهَدُ بالظَّاهِرِ .

فوائد ؛ إحْداها ، يُكْتَفَى فى البَيِّنَةِ أنْ تَشْهَدَ بالتَّلَفِ ، أو بالإعْسارِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا المُحَقَّقُ ؛ وِفاقًا للمَجْدِ وغيرِه . قلتُ : وجزَم به المُصَنِّفُ ، وصاحِبُ « الفُروعِ » ، وجزَم به فى « التَّلْخيصِ » ، أنَّه لا يُكْتَفَى فى الشَّهادَةِ بالإعْسارِ ، بل لابُدَّ مِنَ الشَّهادَةِ بالتَّلَفِ والإعْسارِ معًا . وكذا قال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، فإنَّهم قالُوا : تَشْهَدُ بذَهابِه وإعْسارِه ، لا أنَّه لا يَمْلِكُ شيئًا . الثَّانيةُ ، تُسْمَعُ بَيِّنَةُ إعْسارِه ونحوُها قبلَ حَبْسِه وبعدَه ، ولو بيَوْمٍ . قالَه الأصحابُ . الثَّالِثَةُ ، إذا لم يَكُنْ لمُدَّعِى الإعْسارِ

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى الأصل : « يقضيها » .

(٣) فى م : « أهل » .

الشرح الكبير

مسلمٌ ، وأبو داودَ[1] . وقَوْلُهم : إنَّ الشَّهادَةَ على النَّفْىِ لا تُقْبَلُ . قُلْنا : لا تُرَدُّ مُطْلَقًا ، فإنَّه لو شَهِدَتِ بَيِّنَةٌ أنَّ هذا وارِثُ هذا المَيِّتِ ، لا وارِثَ له سِواه ، قُبِلَتْ ، ولأنَّ هذه وإن كانت تَتَضَمَّنُ النَّفْىَ ، فهى تُثْبِتُ حالَةً تَظْهَرُ ، ويُوقَفُ عليها بالمُشاهَدَةِ ، بخِلافِ ما إذا شَهِدَتْ أنَّه لا حَقَّ له ، فإنَّ هذا ممَّا لا يُوقَفُ عليه[2] ، ولا يَشهَدُ به حالٌ يُتَوَصَّلُ بها إلى مَعْرِفَتِه به[3] ، بخِلافِ مَسْأَلتِنا . وتُسْمَعُ البَيِّنَةُ فى الحالِ . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا تُسْمَعُ فى الحالِ ، ويُحْبَسُ شَهْرًا . وقِيلَ : ثلاثةَ أشْهُرٍ . ورُوِىَ أرْبَعَةً ، حتى يَغْلِبَ على ظَنِّ الحاكِمِ أنَّه لو كان له مالٌ لأظْهَرَه . ولَنا ، أنَّ كلَّ بَيِّنَةٍ جازَ سَماعُها بعدَ مُدَّةٍ ، جاز سَماعُها فى الحالِ ، كسائرِ

الإنصاف

بَيِّنَةٌ ، والحالَةُ ما تقدَّم ، كان القَوْلُ قَوْلَ غَرِيمِه مع يَمِينِه ؛ أنَّه لا يَعْلَمُ عُسْرَتَه بدَيْنِه ، وكان له حَبْسُه ، ومُلازَمَتُه . قالَه فى « الكافِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، وغيرِهم . وقال فى « التَّرْغِيبِ » : إنْ حلَف أنَّه قادِرٌ ، حبَسَه ، وإلَّا حلَف المُنْكِرُ عليهما ، وخُلِّىَ . ونقَل حَنْبَلٌ ، يُحْبَسُ إنْ عُلِمَ له ما يَقْضِى . وفى « المُسْتَوْعِبِ » ، إنْ عُرِفَ بمالٍ ، أو أقَرَّ أنَّه[4] مَلِىءٌ به ، وحلَف غَرِيمُه أنَّه لا يعْلَمُ عُسْرَتَه ، حُبِسَ . وفى « الرِّعايَةِ » : يَحْلِفُ أنَّه مُوسِرٌ بدَيْنِه ، ولا يعْلَمُ إعْسارَه به . وفى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، إذا حلَف أنَّه ذو مالٍ ، حُبِسَ . وقال فى

(١) تقدم تخريجه فى ٧/٢١٩ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سقط من : م .

(٤) فى الأصل ، ط : « به » .

الشرح الكبير

البَيِّناتِ ، وما ذَكَرُوه لو كان صَحِيحًا لأغْنَى عن البَيِّنَةِ . فإن قال الغَرِيمُ : أحْلِفُوه لى مع بَيِّنَتِه أنَّه لا مالَ له . لم يُسْتَحْلَفْ ، فى ظاهِرِ كَلامِ أحمدَ ؛ لأنَّه قال ، فى رِوايَةِ ابنِ[1] إبراهيمَ ، فى رجلٍ جاء بشُهُودٍ على حَقٍّ ، فقال الغَرِيمُ : اسْتَحْلِفُوه . لا يُسْتَحْلَفُ ؛ لأنَّ ظاهِرَ الحَدِيثِ : « البَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي ، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ »[2] . قال القاضى : سَواءٌ شَهِدَتِ البَيِّنَةُ بتَلَفِ المالِ أو بالإعْسارِ . وهذا أحَدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ ؛ لأنَّها بَيِّنَةٌ مَقْبُولَةٌ ، فلم يُسْتَحْلَفْ معها ، كما لو شَهِدَتْ بأنَّ هذا عَبْدُه . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه يُسْتَحْلَفُ . وهو القَوْلُ الثانِى للشافعىِّ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن يَكُونَ

الإنصاف

« الفُروعِ » : وظاهِرُ كلامِ جماعَةٍ ، أنَّه لا يَحْلِفُ إلَّا أنْ يَدَّعِىَ المَدْيونُ تَلَفًا أو إعْسارًا ، أو يَسْأَلَ سُؤالَه ، فتَكُونُ دَعْوَى مُسْتَقِلَّةً . فإنْ كان له ببَقاءِ مالِه أو قُدْرَتِه بَيِّنَةٌ[3] ، فلا كَلامَ ، وإلَّا فيَمِينُ صاحِبِ الحقِّ بحَسَبِ جَوابِ المَدْيونِ كسائرِ الدَّعاوَى . قال فى « الفُروعِ » : وهذا أظْهَرُ ، وهو مُرادُهم ؛ لأنَّه ادَّعَى الإعْسارَ ، وأنَّه يعْلَمُ ذلك ، وأنْكَرَه . انتهى . وحيثُ قُلْنا : يَحْلِفُ صاحِبُ الحقِّ . وأبَى ، حلَف الآخَرُ ، وخُلِّىَ سَبِيلُه . الرَّابعَةُ ، يُكْتَفَى فى البَيِّنَةِ هنا باثْنَيْن . على الصَّحيحِ

(١) سقط من : ر ١ ، م .
وهو إسحاق بن إبراهيم بن مخلد التميمى ، تقدم التعريف به فى ١/٥٥ .

(٢) أخرجه البخارى، فى : باب إذا اختلف الراهن والمرتهن... ، من كتاب الرهن. صحيح البخارى ٣ / ١٨٧ . ومسلم ، فى : باب اليمين على المدعى عليه ، من كتاب الأقضية . صحيح مسلم ٣ / ١٣٣٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى أن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ٨٧ ، ٨٨ . وابن ماجه، فى: باب البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه، من كتاب الأحكام. سنن ابن ماجه ٢/٧٧٨.

(٣) فى الأصل ، ط : « عليه » . وانظر الفروع ٤/ ٢٩٣ .

الشرح الكبير

له مالٌ خَفِىَ عن البيِّنَةِ . قال شيخُنا[1] : ويَصِحُّ عندِى إلْزامُه اليَمِينَ على الإعْسارِ إذا شَهِدَتِ البيِّنَةُ بتَلَفِ المالِ ، وسُقُوطُها عنه فيما إذا شَهِدَتْ بالإعْسارِ ؛ لأنَّها إذا شَهِدَتْ بالتَّلَفِ ، صار كمَن لم يَثْبُتْ له أصْلُ مالٍ ، أو بمَنْزِلَةِ مَن أقرَّ له غَرِيمُه بتلَفِ ذلك المالِ ، وادَّعى أنَّ[2] له مالًا سِواه أو أنَّه اسْتَحْدَثَ مالًا بعدَ تَلَفِه ، ولو لم تَقُمِ البيِّنَةُ ، وأقرَّ له غَرِيمُه بتَلَفِ مالِه ، وادَّعى أنَّ له مالًا سِواه ، لَزِمَتْه اليَمِينُ ، فكذلك إذا قامَتْ به البيِّنَةُ ، فإنَّها لا تَزِيدُ على الإقْرارِ . فإنْ كان الحَقُّ ثَبَت عليه فى غيرِ مُقابَلَةِ مالٍ أخَذَه ، كأَرْشِ جِنايَةٍ ، وقِيمَةِ مُتْلَفٍ ، ومَهْرٍ ، أو ضَمانٍ ، أو كَفالَةٍ ، أو عِوَضِ خُلْعٍ إن كانَتِ امْرَأَةً ، (3و لم3) يُعْرَفْ له مالٌ ، حَلَف أنَّه لا مالَ له ، [٤/١٠٠ظ] وخُلِّىَ سَبِيلُه . وهذا قولُ الشافعىِّ ، وابنِ المُنْذِرِ . وإنَّما اكْتَفَيْنا بيمينِه ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ المالِ ، وقد رُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ قال

الإنصاف

مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، لا يَكْفِى أقلُّ مِن ثلاثَةٍ ، كمَن يُرِيدُ أخْذَ الزَّكاةِ ، وكان مَعْروفًا بغِنًى ، وادَّعَى الفقْرَ . على ما تقدَّم فى أواخِرِ بابِ ذِكْرِ أهْلِ الزَّكاةِ .

قوله : وإنْ لم يَكُنْ كذلك ، حلَف وخُلِّىَ سَبِيلُه . أى ، وإنِ ادَّعَى الإعْسارَ ، ولم يُعْرَفْ له مالٌ سابِقٌ ، ودَيْنُه عن غيرِ عِوَضٍ ، ولم يُقِرَّ بالمَلاءَةِ به ، أو عُرِفَ له مالٌ سابِقٌ والغالِبُ ذَهابُه . وهذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ

---

(1) فى : المغنى ٦/٥٨٧ .

(2) سقط من : ر ، ق ، م .

(3 - 3) فى م : « فإن لم » .

الشرح الكبير

لِحَبَّةَ وسَوَاءِ ابْنَىْ خالِدِ بن سَوَاءٍ : « لَا تَيْأَسَا مِنَ الرِّزْقِ مَا اهْتَزَّتْ رُءُوسُكُمَا ، فَإِنَّ ابْنَ آدَمَ يُخْلَقُ (١) وَلَيْسَ لَهُ إِلَّا قِشْرَتَاه (١) ، ثُمَّ يَرْزُقُهُ اللهُ تَعَالَى » (٢) . قال ابنُ المُنْذِرِ : (٣) الحَبْسُ عقوبةٌ (٣) ، ولا نَعْلَمُ له ذَنْبًا يُعاقَبُ به . والأصْلُ عَدَمُ مالِه ، بخِلافِ مَن عُلِم له مالٌ ، فإنَّ الأصْلَ بقاءُ مالِه ، فيُحْبَسُ حتى يُعْلَمَ ذَهابُه . ومُطْلَقُ كلامِ الخِرَقِيِّ يَدُلُّ على أنَّه يُحْبَسُ فى الحالَتَيْن ، لكنَّه يَنْبَغِى أن يُحْمَلَ كَلامُه على هذا ؛ لقِيامِ الدَّلِيلِ على الفَرْقِ .

الإنصاف

الأصحابِ . قال الزَّرْكَشِيُّ : هذا المَعْروفُ فى المذهبِ . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقال فى « التَّرْغيبِ » : يُحْبَسُ إلى ظُهورِ إعْسارِه . وقال فى « البُلْغَةِ » : إلى أنْ يَثْبُتَ إعْسارُه . وظاهرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، أنَّ حُكْمَه حُكْمُ مَن عُرِفَ بمالٍ ، أو كان دَيْنُه عن عِوَضٍ . على ما تقدَّم .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو قامَتْ بَيِّنَةٌ للمُفْلِسِ بمالٍ مُعَيَّنٍ ، فأنْكَرَ ، ولم يُقِرَّ به لأحَدٍ ، وقال : هو لزَيْدٍ فكَذَّبه زَيْدٌ ، قُضِىَ دَيْنُ المُفْلِسِ منه . وإنْ صدَّقَه زَيْدٌ ، فهل يُقْضَى دَيْنُ المُفْلِسِ منه ؟ على وَجْهَين . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ؛ أحدُهما ، لا يُقْضَى منه ، ويكونُ لزَيْدٍ مع يَمِينِه ؛ لاحْتِمالِ التَّواطُؤِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « ابنِ رَزِينٍ » ، و « النَّظْمِ » . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » :

---

(١) فى سنن ابن ماجه : « وليس عليه قشر » . وفى المسند : « وليس عليه قشرة » .

(٢) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب التوكل واليقين ، من كتاب الزهد . سنن ابن ماجه ٢/١٣٩٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٤٦٩ .

(٣ - ٣) الأصل ، ر ، ق : « العقوبة حبس » .

الشرح الكبير

فصل : ومتى ثَبت إعْسارُه عندَ الحاكِمِ ، لم يَجُزْ مُطالَبَته ولا مُلازَمَتُه . وبه قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : لغُرَمائِه مُلازَمَتُه مِن غيرِ أن يَمْنَعُوه مِن الكَسْبِ ، فإذا رَجَع إلى بَيْتِه فأذِنَ لهم فى الدُّخولِ معه ، وإلَّا مَنَعُوه مِن الدُّخولِ ؛ لقَوْلِ النبيِّ ﷺ : « لِصَاحِبِ الْحَقِّ الْيَدُ وَاللِّسَانُ »[1] . ولَنا ، أنَّ مَن ليسَ لصاحِبِ الحَقِّ مُطالَبَتُه لم يَكُنْ له مُلازَمَتُه ، كصاحِبِ الدَّيْنِ المُؤَجَّلِ ، وقولُ اللهِ تعالى : ﴿ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ . ومَن وَجَب إنظارُه حَرُمَتْ مُلازَمَتُه ، كمَن دَيْنُه مُؤَجَّلٌ ، والحديثُ فيه مقالٌ . قالَه ابنُ المُنْذِرِ . ثم نَحْمِلُه على المُوسِرِ ؛ بدَليلِ ما ذَكَرْنا . وقد ثَبَت أنَّ النبيَّ ﷺ قال لغُرَماءِ الذى أُصِيبَ فى ثمارٍ ابْتاعَها ، فكَثُرَ دَيْنُه : « خُذُوا مَا وَجَدْتُم ، وَلَيْسَ لَكُمْ إلَّا ذَلِكَ » . رَواه مسلمٌ ، والتِّرْمِذِيُّ[2] .

الإنصاف

فإنْ أقَرَّ أنَّه لزَيْدٍ مُضارَبَةً ، قُبِلَ قَوْلُه مع يَمِينِه ، إنْ صدَّقَه زَيْدٌ ، أو كان غائبًا . والثَّانى ، يُقْضَى منه دَيْنُه . وعلى الوَجْهَين ، لا يَثْبُتُ المِلْكُ للمَدِينِ ؛ لأنَّه لا يدَّعِيه . قال فى « الفُروعِ » : فظاهِرُ هذا ، أنَّ البَيِّنَةَ هنا لا يُعْتَبرُ لها تقدُّمُ دَعْوَى ، وإنْ كانَ للمُقَرِّ له المُصَدِّقِ بَيِّنَةٌ ، قُدِّمَتْ ؛ لإقْرارِ رَبِّ اليَدِ . وفى « المُنْتَخَبِ » ، بَيِّنَةُ المُدَّعِى ؛ لأنَّها خارِجَةٌ . الثَّانيةُ ، يَحْرُمُ على المُفْلِسِ أنْ يَحْلِفَ أنَّه لاحَقَّ عليه ، ويَتأَوَّلَ . جزَم به فى « الفُروعِ » وغيرِه . قلتُ : لو قِيلَ بجَوازِه - إذا تحقَّقَ ظُلْمُ رَبِّ الحَقِّ له ، وحَبْسُه ، ومَنْعُه مِنَ القِيامِ على عِيالِه - لكان له وَجْهٌ .

---

(1) أخرجه الدارقطنى فى : كتاب الأقضية . سنن الدارقطنى ٤/٢٣٢ . وانظر : نصب الراية ٤/١٦٦ .

(2) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٣٧ .

المقنع

وَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ لَا يَفِي بِدَيْنِهِ ، فَسَأَلَ غُرَمَاؤُهُ الْحَاكِمَ الْحَجْرَ عَلَيْهِ ، لَزِمَتْهُ إِجَابَتُهُمْ .

الشرح الكبير

١٩١٠ – مسألة : (وإن كان) حالًّا و(له مالٌ لا يَفِي بدَيْنِه ، فَسأَلَ غُرَماؤُه الحاكِمَ الحَجْرَ عليه ، لَزِمَتْه إجابَتُهم) إذا اتَّفَقَ الغُرَماءُ على طَلَبِ الحَجْرِ عليه فى هذه الحالِ ، لَزِم الحاكِمَ إجابَتُهْم . ولا يَجُوزُ الحَجْرُ عليه بغيرِ سُؤالِ غُرَمائِه ؛ لأنَّه لا وِلايَةَ له فى ذلك ، إنَّما يَفْعَلُه لحَقِّ الغُرَماءِ ، فاعْتُبِرَ رِضاهم . وكذلك إن سَأَلَه بعضُهم . وبهذا قال مالِكٌ ، والشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : ليس للحاكِمِ الحَجْرُ عَلَيْه ، فإذا أدَّى اجْتِهادُه إلى الحَجْرِ عليه ثَبَت ؛ لأنَّه فِعْلٌ[١] مُجْتَهَدٌ فيه . ولَنا ، أنَّ النبىَّ ﷺ حَجَر على مُعاذٍ ، وباع مالَه فى دَيْنِه . رَواه الخَلَّالُ بإسْنادِه[٢] .

الإنصاف

قوله : وإنْ كان له مالٌ لا يَفِى بدَيْنِه ، وسأَل غُرَماؤُه الحَاكِمَ الحَجْرَ عليه ، لَزِمَه إجابَتُهم . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . واخْتارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، إنْ ضاقَ مالُه عن دُيونِه ، صارَ مَحْجُورًا عليه بغيرِ حُكْمِ حاكِمٍ . وهو رِوايَةٌ عن أحمدَ . ويأْتِى مَعْنَى ذلك قَرِيبًا .

تنبيهات ؛ أحدُها ، قوْلُه : وإنْ كان له مالٌ لا يَفِى بدَيْنِه . هكذا عِبارَةُ أكثرِ الأصحابِ . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : ومَن له دُونَ ما عليه مِن دَيْنٍ حالٍّ ، أو قَدْرُه ، ولا كَسْبَ له ، ولا ما يُنْفِقُ منه غيرَه ، أو خِيفَ تَصَرُّفُه فيه . الثَّانى ، ظاهرُ قوْلِه : فسأَلَ غُرَماؤُه الحَجْرَ . أنَّه لو سَأَلَه البعضُ الحَجْرَ عليه ، لم يَلْزَمْه

---

(١) فى الأصل ، ر ، م : « فصل » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٣٤ .

المقنع وَيُسْتَحَبُّ إِظْهَارُهُ وَالْإِشْهَادُ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير **فصل** : وتَصرُّفُه قبلَ حَجْرِ الحاكِمِ فى مالِه نافذٌ ؛ مِن البَيْعِ ، والهِبَةِ ، والإقْرارِ ، وقَضاءِ بعضِ الغُرَماءِ ، وغيرِ ذلك . وبه قال أبو حنيفة ، ومالِكٌ ، والشافعىُّ . ولا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لأنَّه رَشِيدٌ غيرُ مَحْجُورٍ عليه ، فنَفَذَ تَصرُّفُه ، كغَيْرِه ، ولأنَّ سَبَبَ المَنْعِ الحَجْرُ ، فلا يَتَقَدَّمُ سَبَبَه ، ولأنَّه مِن أهْلِ التَّصرُّفِ ولم يُحْجَرْ عليه ، أشْبَهَ المَلِئَ . وإن أكْرَى جَمَلًا بعَيْنِه ، أو دارًا [٤/١٠١و] لم تَنْفَسِخْ إجارَتُه بالفَلَسِ ، وكان المُكْتَرِى أحَقَّ به حتى تَنْقَضِىَ مُدَّتُه .

١٩١١ - مسألة : (ويُسْتَحَبُّ) إظْهارُ الحَجْرِ عليه (والإشْهادُ عليه) لتُجْتَنَبَ مُعامَلَتُه ؛ لِئَلَّا يَسْتَضِرَّ النّاسُ بضَياعِ أمْوالِهم . ويُشْهِدُ عليه ؛ لِيَنْتَشِرَ ذلك ، ورُبَّما عُزِل الحاكِمُ أو مات ، فيَثْبُتُ الحَجْرُ عندَ الآخَرِ ، فلا يَحْتاجُ إلى ابْتِداءِ حَجْرٍ ثانٍ .

الإنصاف إجابَتُهم . وهو ظاهِرُ « المُغْنِى » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِى » ، وجماعَةٍ . وهو أحَدُ الوَجْهَيْن . [٢/١٣٥ظ] وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » . والوَجْهُ الثّانِى ، يَلْزَمُه إجابَتُهم أيضًا . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : لَزِمَ الحَجْرُ عليه بطَلَبِ غُرَمائِه . والأصحُّ ، أو بعضِهم . قال فى « تَجْريدِ العِنايَةِ » : هذا الأظْهَرُ . اخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » . وهو الصَّوابُ . الثّالثُ ، ظاهِرُ كلامِه أيضًا ، أنَّ المُعْسِرَ لو طلَب الحَجْرَ على نَفْسِه مِنَ الحاكِمِ ، لا يَلْزَمُه إجابَتُه إلى ذلك . وهو

المقنع

فَصْلٌ : وَيَتَعَلَّقُ بِالْحَجْرِ عَلَيْهِ أَرْبَعَةُ أَحْكَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، تَعَلُّقُ حَقِّ الْغُرَمَاءِ بِمَالِهِ ، فَلَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ عَلَيْهِ ، وَلَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ [١١٦ظ] ، إِلَّا الْعِتْقَ عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

فصل : قال الشَّيْخُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : (ويَتَعَلَّقُ بالحَجْرِ عليه أرْبَعَةُ أحْكامٍ ؛ أحَدُها ، تَعَلُّقُ حَقِّ الغُرَماءِ بمالِه ، فلا يَصِحُّ تَصَرُّفُه فيه ، ولا يُقْبَلُ إقْرارُه عليه ، إلَّا العِتْقَ على إحْدَى الرِّوايَتَيْن) متى حُجِر على المُفْلِسِ ، لم يَنْفُذْ تَصَرُّفُه فى شىءٍ من مالِه ، فإن تَصَرَّفَ فيه ببَيْعٍ ، أو هِبَةٍ ، أو وَقْفٍ ، أو أصْدَقَ امرأةً مالًا له ، أو نحوِ ذلك ، لم يَصِحَّ . وبه قال مالِكٌ ، والشافعىُّ فى قولٍ ، وقال فى آخَرَ : يَقِفُ تَصَرُّفُه ، فإن كان فيما بَقِىَ مِن مالِه وفاءُ الغُرَماءِ نَفَذ[1] ، وإلَّا بَطَل . ولَنا ، أنَّ حُقُوقَ الغُرَماءِ تَعَلَّقَتْ بأعْيانِ مالِه ، فلم يَصِحَّ تَصَرُّفُه فيها ، كالعَيْنِ المَرْهُونَةِ ، ولأنَّه مَحْجُورٌ عليه بحُكْمِ حاكِمٍ ، فأشْبَهَ السَّفِيهَ . فإن أقَرَّ بدَيْنٍ ، لم يُقْبَلْ فى الحالِ ، ويُتْبَعُ به بعدَ فَكِّ الحَجْرِ عنه . نَصَّ عليه . وهو قولُ مالِكٍ ، ومحمدِ بن

الإنصاف

ظاهِرُ كلامِ أكثرِ الأصحابِ . وقال فى « المُسْتَوْعِبِ » : إنْ زادَ دَيْنُه على المالِ ، وقيل : أو طلَبَ المُفْلِسُ الحَجْرَ مِنَ الحاكِمِ . لَزِمَه . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وإنْ طلَبَه المُفْلِسُ وحْدَه ، احْتَمَلَ وَجْهَين . قال فى « تَجْرِيدِ العِنايَةِ » : وبسُؤالِه فى وَجْهٍ .

قوله : ويَتَعَلَّقُ بالحَجْرِ عليه أرْبَعَةُ أحْكامٍ ؛ أحَدُها ، تَعَلُّقُ حَقِّ الغُرَماءِ بمالِه ، فلا يُقْبَلُ إقْرارُه عليه ، ولا يَصِحُّ تَصَرُّفُه فيه ، إلَّا بالعِتْقِ على إحْدَى الرِّوايَتَيْن . اعْلَمْ

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

الحَسَنِ ، والثَّوْرِىٌّ ، والشافعىٌّ فى قولٍ ، وقال فى الآخَرِ : يُشارِكُهم . اخْتارَه ابنُ المُنْذِرِ ؛ لأنَّه دَيْنٌ ثابتٌ مُضافٌ إلى ما قبلَ الحَجْرِ ، فشارَكَ صاحِبُه الغُرَماءَ ، كما لو ثَبَت ببَيِّنَةٍ . ولَنا ، أنَّه مَحْجُورٌ عليه ، فلم يَصِحَّ إقْرارُه فيما حُجِر عليه فيه ، كالسَّفِيهِ ، ولأنَّه إقْرارٌ يُبْطِلُ ثُبُوتُه[1] حَقَّ غيرِ المُقِرِّ ، فلم يُقْبَلْ ، أو إقْرارٌ على الغُرَماءِ ، فلم يُقْبَلْ ، كإقْرارِ الرّاهِنِ ، ولأنَّه مُتَّهَمٌ فى إقْرارِه ، وفارَقَ البَيِّنَةَ ، فإنَّه لا تُهْمَةَ فى حَقِّها . فإن كان

الإنصاف

أنَّه إذا كان عليه دَيْنٌ أكثرُ مِن مالِه ، وتَصَرَّفَ ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ تصَرُّفُه قبلَ الحَجْرِ عليه ، أو بعدَه ؛ فإنْ كان قبلَ الحَجْرِ عليه ، صحَّ تصَرُّفُه ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم ، ولوِ اسْتغْرَقَ جميعَ مالِه ، حتى قال فى « المُسْتَوْعِبِ » وغيرِه : لا يَخْتَلِفُ المذهبُ فى ذلك . وقيل : لا يَنْفُذُ تصَرُّفُه . ذكَرَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، وحَكاه رِوايةً ، واخْتارَه . وسألَه جَعْفَرٌ : مَن عليه دَيْنٌ ، يتَصَدَّقُ بشىءٍ ؟ قال : الشَّىْءُ اليَسِيرُ ، وقَضاءُ دَيْنِه أوْجَبُ عليه . قلتُ : وهذا القَوْلُ هو الصَّوابُ ، خُصوصًا وقد كَثُرَتْ حِيَلُ النَّاسِ . وجزَم به فى « القاعِدَةِ الثَّالِثَةِ والخَمْسِين » ، وقال : المُفْلِسُ إذا طلَب البائعُ منه سِلْعَتَه التى يَرْجِعُ بها قبلَ الحَجْرِ ، لم يَنْفُذْ تَصَرُّفُه . نصَّ عليه . وذكَر فى ذلك ثَلاثَةَ نُصُوصٍ ، لكِنَّ ذلك مَخْصوصٌ بمُطالَبَةِ البائعِ . وعنه ، له مَنْعُ ابنِه مِنَ التَّصَرُّفِ فى مالِه بما يَضُرُّه . ونقَل حَنْبَلٌ فى مَن تصَدَّقَ وأبَواه فَقِيران ، رُدَّ عليهما ، لا لمَن دُونَهما . ونصَّ فى رِوايَةٍ ، على أنَّ مَن أوْصَى لأجانِبَ ، وله أقارِبُ مُحْتاجُونَ ، أنَّ الوَصِيَّةَ تُرَدُّ عليهم . قال فى « القاعِدَةِ الحادِيَةَ عَشَرَ » : فيُخَرَّجُ مِن

(1) بعده فى م : « فى غير » .

الشرح الكبير

المُفْلِسُ صانِعًا ، كالقَصَّارِ[1] ، والحائِكِ ، فى يَدِه مَتاعٌ ، فأقَرَّ به لأرْبابِه ، لم يُقْبَلْ ، والقَوْلُ فيها كالتى قبلَها . وتُباعُ العَيْنُ التى فى يَدِه ، وتُقْسَمُ بينَ الغُرَماءِ ، وتَكُونُ قِيمَتُها واجِبَةً على المُفْلِسِ إذا قَدَر عليها ؛ لأنَّها انْصرَفَتْ فى وَفاءِ دَيْنِه بسَبَبٍ مِن جِهَتِه ، فكانت قِيمَتُها عليه ، كما لو أذِنَ فى ذلك . وإن تَوَجَّهَتْ على المُفْلِسِ يَمِينٌ ، فنَكَلَ عنها ، فقُضِىَ عليه ، فحُكْمُه حُكْمُ إقْرارِه ، يَلْزَمُ فى حَقِّه دُونَ الغُرَماءِ . فإن أعْتَقَ بعضَ

الإنصاف

ذلك ، أنَّ مَن تبرَّعَ وعليه نفَقَةٌ واجِبَةٌ لوارِثٍ ، أو دَيْنٌ ، وليس له وَفاءٌ ، أنَّه يُرَدُّ . ولهذا يُباعُ المُدَبَّرُ فى الدَّيْنِ خاصَّةً ، على رِوايَةٍ . ونقَل ابنُ مَنْصُورٍ ، فى مَن تصَدَّقَ عندَ مَوْتِه بمالِه كلِّه ، قال : هذا مَرْدُودٌ ، ولو كان فى حَياتِه ، لم أُجَوِّزْ إذا كان له وَلَدٌ . فعلى المذهبِ ، يَحْرُمُ عليه التَّصَرُّفُ إنْ أضَرَّ بغَرِيمِه . ذكَرَه الآدَمِىُّ البَغْدادِىُّ ، واقْتصَرَ عليه فى « الفروعِ » ، وهو حَسَنٌ . وإنْ تصَرَّفَ بعدَ الحَجْرِ عليه ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أنْ يتَصَرَّفَ بالعِتْقِ أو بغيرِه ، فإنْ تصَرَّفَ بالعِتْقِ ، فأَطْلَقَ المُصَنِّفُ فى صِحَّةِ عِتْقِه رِوايتَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الكافِى » ، و « الهادِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، وغيرِهم ؛ إحْداهما ، لا يصِحُّ . وهو المذهبُ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والزَّرْكَشِىُّ ، فى كتابِ العِتْقِ : هذا أصحُّ . واخْتارَه أبو الخَطَّابِ فى « رُءُوسِ المَسائلِ » ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأزَجِىِّ » ، وغيرِهم . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ

---

(١) القصار : من يدق الثياب ويبيِّضها .

الشرح الكبير

رَقِيقِه ، صَحَّ ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن ، ونَفَذ . وهو قولُ أبى يُوسُفَ ، وإسحاقَ ؛ لأنَّه عِتقٌ مِن مالِكٍ رَشِيدٍ ، فنَفَذَ ، كما قبلَ الحَجْرِ . وفارَقَ سائِرَ التَّصَرُّفاتِ ؛ لأنَّ للعِتْقِ تَغْلِيبًا وسِرايَةً ، ولهذا يَسْرِى إلى مِلْكِ الغيرِ ، بخِلافِ غَيْرِه . والأُخْرَى ، [١٠١/٤ظ] لا يَنْفُذُ عِتْقُه . وبه قال مالِكٌ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ . واخْتارَه أبو الخَطّاب فى « رُءُوسِ المَسائِلِ » ؛ لأنَّه مَمْنُوعٌ مِن التَّبَرُّعِ لحَقِّ الغُرَماءِ ، فلم يَنْفُذْ عِتْقُه ، كالمَرِيضِ الذى يَسْتَغْرِقُ دَيْنُه مالَه . وأمّا سِرايَتُه إلى مِلْكِ الغَيْرِ ، فمِن شَرْطِه أن يَكُونَ مُوسِرًا ، يُؤْخَذُ منه قِيمَةُ نَصِيبِ شَرِيكِه ، ولا يَتَضَرَّرُ ، ولو كان مُعْسِرًا ، لم يَنْفُذْ عِتْقُه إلَّا فى مِلْكِه ؛ صِيانَةً لحَقِّ الغيرِ وحِفْظًا له عن الضَّياعِ . كذا هٰهنا . وهذا أصَحُّ ، إن شاء اللهُ تعالى .

الإنصاف

الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « إدْراكِ الغايَةِ » . والرِّوايَةُ الثَّانِيَةُ ، يصِحُّ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ ، والقاضى ، والشَّريفُ . قالَه الزَّرْكَشِىُّ . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : يصِحُّ عِتْقُه على الأقْيَسِ . وإنْ تصَرَّفَ بغيرِ العِتْقِ ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ بتَدْبيرِ رَقِيقِه أو غيرِه ؛ فإنْ كان بالتَّدْبيرِ ، صحَّ ، بلا نِزاعٍ أعْلَمُه . وإنْ كان بغيرِه ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ بالشَّىءِ اليَسِيرِ ، أو غيرِه ؛ فإنْ كان بالشَّىءِ اليَسِيرِ ، لم يَنْفُذْ تصَرُّفُه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ . وفى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، يصِحُّ تصَرُّفُه بالصَّدقَةِ فى الشَّىءِ اليَسِيرِ . زادَ فى « الرِّعايَةِ » ، بشَرْطِ أنْ لايَضُرَّ . قلتُ : إذا كانتِ العادَةُ ممَّا جرَتْ به ، وسامَحَ بمِثْلِه ، فيَنْبَغِى أنْ يصِحَّ تصَرُّفُه بلا خِلافٍ . وفى « الرِّعايَةِ » وغيرِها : تصِحُّ وَصِيَّتُه ، بشَرْطِ أنْ لا يَضُرَّ بمالِه . انتهى . وإنْ كان تصَرُّفُه بغيرِ اليَسِيرِ ، لم يصِحَّ تصَرُّفُه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ ، ونصَّ

المقنع

وَإِنْ تَصَرَّفَ فِى ذِمَّتِهِ بِشِرَاءٍ ، أَوْ ضَمَانٍ ، أَوْ إِقْرَارٍ ، صَحَّ . وَيُتْبَعُ بِهِ بَعْدَ فَكِّ الْحَجْرِ عَنْهُ .

الشرح الكبير

١٩١٢ – مسألة : (وإن تَصَرَّفَ فى ذِمَّتِه بشِراءٍ ، أو ضَمانٍ ، أو إقْرارٍ ، صَحَّ . ويُتْبَعُ به بعدَ فَكِّ الحَجْرِ عنه) لأنه أهْلٌ للتَّصَرُّفِ ، وإنَّما وُجِدَ فى حَقِّه الحَجْرُ ، والحَجْرُ مُتَعَلِّقٌ بمالِه لا بذِمَّتِه ، ولكنْ لا يُشارِكُ أصْحابُ هذه الدُّيُونِ الغُرَماءَ ؛ لأنَّهم رَضُوا بذلك إذا عَلِمُوا بفَلَسِه

الإنصاف

عليه . ونقَل مُوسى بنُ سَعِيدٍ ، إنْ تصَرَّفَ قبلَ طَلَبِ رَبِّ العَيْنِ لها ، جازَ ، لا بعدَه .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو باعَ مالَه لغَرِيمٍ بكُلِّ الدَّيْنِ الذى عليه ، ففى صِحَّتِه وَجْهان . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » . قال فى « الرِّعايَةِ » : يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن ؛ أحدُهما ، يصِحُّ لرِضاهما به . وهو ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ . والوَجْهُ الثَّانِى ، لا يصِحُّ ؛ لاحْتِمالِ ظُهورِ غَرِيمٍ آخَرَ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . الثَّانيةُ ، يَمْلِكُ رَدَّ مَعِيبٍ اشْتَراه قبلَ الحَجْرِ ، ويَمْلِكُ الرَّدَّ بخِيارٍ ، غيرَ مُتَقَيِّدٍ بالأحَظِّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « التَّلْخيصِ » : ولا يتَقَيَّدُ بالأحَظِّ على الأظْهَرِ . قال فى « الفائقِ » : هذا أصحُّ الوَجْهَيْن . [٢/ ١٣٦و] وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « الحاوِيَيْن » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ؛ فإنَّهما قالا : وله رَدُّ ما اشْتَراه قبلَ الحَجْرِ بعَيْبٍ أو خِيارٍ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهو المَشْهورُ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، فى الثَّانيةِ . وقيل : إنْ كان فيه حَظٌّ نفَذ تصَرُّفُه ، وإلَّا فلا . قال فى « التَّلْخيصِ » : وهو قِياسُ المذهبِ . قلتُ : وهو الصَّوابُ .

قوله : وإنْ تَصَرَّفَ فى ذِمَّتِه بشِراءٍ أو ضَمانٍ ، أو إقْرارٍ ، صَحَّ ، ويُتْبَعُ به بعدَ فَكِّ الحَجْرِ عنه . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . فلا يُشارِكُون مَن كان دَيْنُه

المقنع

وَإِنْ جَنَى ، شَارَكَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ الْغُرَمَاءَ ، وَإِنْ جَنَى عَبْدُهُ ، قُدِّمَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ بِثَمَنِهِ .

الشرح الكبير

وعامَلُوهَ ، ومَن لا يَعْلَمُ فقد فَرَّطَ فى ذلك ؛ فإنَّ هذا فى مَظِنَّةِ الشُّهْرَةِ . فعلى هذا ، يُتْبَعُ بها بعدَ فَكِّ الحَجْرِ عنه . وفى إقْرارِه خِلافٌ ، ذَكَرْناه فى المسألَةِ التى قَبْلَها . فأمّا إن ثَبَت عليه حَقٌّ ببَيِّنَةٍ ، شارَكَ صاحِبُه الغُرَماءَ ؛ لأنَّه دَيْنٌ ثابتٌ قبلَ الحَجْرِ عليه ، أشْبَهَ ما لو شَهِدَتْ به قبلَ الحَجْرِ .

١٩١٣ – مسألة : (وإن جَنَى ، شارَكَ المَجْنِيُّ عليه الغُرَماءَ ، وإن جَنَى عَبْدُه ، قُدِّمَ المَجْنِيُّ عليه بثَمَنِه) إذا جَنَى المُفْلِسُ بعدَ الحَجْرِ جِنايَةً مُوجِبَةً للمالِ ، شارَكَ المَجْنِيُّ عليه الغُرَماءَ ؛ لأنَّ حَقَّ المَجْنِيِّ عليه ثَبَت

الإنصاف

قبلَ الحَجْرِ . وفى « المُبْهِجِ » ، فى جاهِلٍ به وَجْهان . وعنه ، يصِحُّ إقْرارُه إنْ أضافَه إلى ما قبلَ الحَجْرِ ، أوِ ادَّانَه عامِلٌ قبلَ قِراضِه . قالَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . وقال فى « الرِّعايَةِ » : ويَحْتَمِلُ أنْ يُشارِكَهم مَن أقَرَّ له بدَيْنٍ لَزِمَه قبلَ الحَجْرِ . وقال أيضًا : وإنْ أقَرَّ بمالٍ مُعَيَّنٍ ، أو عَيْنٍ ، احْتَمَلَ وَجْهَين . وتقدَّم نَقْلُ مُوسى بنِ سَعِيدٍ . وتقدَّم فى بابِ الضَّمانِ ، أنَّ صاحِبَ « التَّبْصِرَةِ » حكَى رِوايَةً بعَدَمِ صِحَّةِ ضَمانِه . قال فى « الفُروعِ » : ويتَوَجَّهُ عليها عدَمُ صِحَّةِ تصَرُّفِه فى ذِمَّتِه . انتهى .

تنبيه : ظاهرُ كلامِه ، أنَّ مَن عامَلَه بعدَ الحَجْرِ ، لا يَرْجِعُ بعَيْنِ مالِه . وهو أحَدُ الوُجوهِ ، وهو ظاهرُ كلامِ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وقيل : يَرْجِعُ أيضًا . وأطْلَقَهما فى « الفائقِ » . وقيل : يَرْجِعُ مع جَهْلِه الحَجْرَ . قالَه الزَّرْكَشِىُّ . وهو حَسَنٌ . وهذا الأخِيرُ المذهبُ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه .

فَصْلٌ : الثَّانِى ، أَنَّ مَنْ وَجَدَ عِنْدَهُ عَيْنًا بَاعَهَا إِيَّاهُ ، فَهُوَ أَحَقُّ

بغيرِ اخْتِيارِه . ولو كانتِ الجِنايَةُ مُوجِبَةً للقِصاصِ ، فعَفا صاحِبُها عنها إلى مالٍ ، أو صالَحه المُفْلِسُ على مالٍ ، شارَكَ الغُرَماءَ ؛ لأنَّ سَببَه ثَبت بغيرِ اخْتِيارِ صاحِبِه ، فأشْبَهَ ما أوْجَبَ المالَ . فإن قِيلَ : ألا قَدَّمْتُم حَقَّه على الغُرَماءِ ، كما قَدَّمْتُم حَقَّ مَن جَنَى عليه بعضُ عَبيدِ المُفلِسِ ؟ قُلْنا : لأنَّ الحَقَّ فى العَبْدِ الجانِى تعَلَّقَ بعَيْنِه ، فقُدِّمَ لذلك ، وحَقُّ هذا تعَلَّقَ بالذِّمَّةِ ، كغيرِه مِن الدُّيُونِ ، فاسْتَوَيا . فإنْ جَنَى عَبْدُه ، قُدِّمَ المَجْنِيُّ عليه بثَمَنِه ؛ لأنَّ الحَقَّ تَعلَّقَ بالعَيْنِ ، فقُدِّمَ على مَن تَعَلَّقَ حَقُّه بالذِّمَّةِ ، كما يُقَدَّمُ حَقُّ المُرْتَهِنِ بثَمَنِ الرَّهْنِ على الغُرَماءِ ، ولأنَّ حَقَّ المَجْنِيِّ عليه يُقَدَّمُ على حَقِّ المُرْتَهِنِ ، فأوْلَى أن يُقَدَّمَ على حَقِّ الغُرَماءِ .

فصل : قال ، رَحِمَه اللهُ : (الثانِى ، أنَّ مَن وَجَد عندَه عَيْنًا باعَها إيَّاهُ ،

قوله : الثَّانى ، أنَّ مَن وجد عنده عَيْنًا باعَها إيَّاه ، فهو أحَقُّ بها ، بشَرْطِ أنْ يكونَ المُفلِسُ حَيًّا ، ولم يَنْقُدْ مِن ثمَنِها شيئًا ، والسِّلْعَةُ بحالِها ، لم يَتْلَفْ بعضُها ، ولم تَتَغَيَّرْ صِفَتُها بما يُزِيلُ اسْمَها ، كنَسْجِ الغَزْلِ ، وخَبْزِ الدَّقِيقِ ، ولم يَتَعلَّقْ بها حَقٌّ ؛ مِن شُفْعَةٍ ، أو جِنايَةٍ ، أو رَهْنٍ ، ونحوِه ، ولم تَزِدْ زِيادَةً مُتَّصِلَةً ، كالسِّمَنِ ، وتَعَلُّمِ صَنْعَةٍ . ذكَر المُصَنِّفُ ، لاخْتِصاصِ رَبِّ العَيْنِ المُباعَةِ المَوْجودَةِ بعدَ الحَجْرِ فى المَحْجُورِ عليه شُروطًا ؛ منها ، أنْ يكونَ المُفْلِسُ حيًّا . فلو ماتَ كان صاحِبُها أُسْوَةَ الغُرَماءِ مُطْلَقًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وقيل : ذلك إذا مات قبلَ الحَجْرِ .

المقنع

بِهَا ، بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ الْمُفْلِسُ حَيًّا ، وَلَمْ يَنْقُدْ مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئًا ، وَالسِّلْعَةُ بِحَالِهَا لَمْ يَتْلَفْ بَعْضُهَا ، وَلَمْ تَتَغَيَّرْ صِفَتُهَا بِمَا يُزِيلُ اسْمَهَا ، كَنَسْجِ الْغَزْلِ وَخَبْزِ الدَّقِيقِ .

الشرح الكبير

فهو أحَقُّ بها ، بشَرْطِ أن يَكُونَ المُفْلِسُ حَيًّا ، و لم يَنْقُدْ من ثَمَنِها شيئًا ، والسِّلْعَةُ بحالِها لم يَتْلَفْ بَعْضُها ، و لم تتَغَيَّرْ صِفَتُها بما يُزِيلُ اسْمَها ، كنَسْجِ الغَزْلِ ، وخَبْزِ الدَّقِيقِ) (1)وجُمْلَةُ ذلك(1) ، أنَّ المُفْلِسَ إذا حُجِر عليه ، فوَجَدَ بعضُ غُرَمائِه سِلْعَتَه التى باعَه إيَّاها بعَيْنِها ، فله فَسْخُ البَيْعِ والرُّجُوعُ فى عَيْنِ مالِه بالشُّروطِ التى نَذْكُرُها . رُوِىَ ذلك عن عُثْمانَ ، وعلىٍّ ، وأبى هُرَيْرَةَ . وبه قال [٤/١٠٢و] عُرْوَةُ ، ومالِكٌ ، والشافعىُّ ، والأوْزاعِىُّ ، والعَنْبَرِىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال الحَسَنُ ، والنَّخَعِىُّ ، وابنُ شُبْرُمَةَ ، وأبو حنيفةَ : هو أُسْوَةُ الغُرَماءِ ؛ لأنَّ البائِعَ كان

الإنصاف

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّ رَبَّ العَيْنِ لو ماتَ ، كان لوَرَثَتِه أخْذُ السِّلْعَةِ ، كما لو كان صاحِبُها حيًّا . وهو صحيحٌ ، وهو ظاهِرُ ما قدَّمه فى « الفروعِ » ، وظاهِرُ كلامِ أكثرِ الأصحابِ ، منهم صاحِبُ « الحاوِيَيْن » . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهو ظاهِرُ كلامِ الشَّيْخَيْن ؛ المُصَنِّفِ والمَجْدِ ؛ لعَدَمِ اشْتِراطِهم ذلك . وقال فى « التَّرْغِيبِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : فلرَبِّه دُونَ ورَثَتِه ، على الأصحِّ ، أخْذُه . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الفائقِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » . وقال فى « التَّلْخيصِ » : مِنَ الشُّروطِ ، أنْ يكونَ البائعُ حيًّا ؛ إذْ لا رُجوعَ للوَرَثَةِ ؛ للحَديثِ . وحكَى أبو الحَسَنِ الآمِدِىُّ رِوايَةً أُخْرَى ، أنَّهم

(1 - 1) فى م : « وجملته » .

الشرح الكبير

له حَقُّ الإمْساكِ لقَبْضِ الثَّمَنِ ، فلَمّا سَلَّمه ، أسْقَطَ [1]حَقَّه مِن[1] الإمْساكِ ، فلم يَكُنْ له أن يَرْجِعَ في ذلك بالإفْلاسِ ، كالمُرْتَهِنِ إذا سَلَّمَ الرَّهْنَ إلى الرّاهِنِ . ولأنه ساوَى الْغُرماءَ في سَبَبِ الاسْتِحْقاقِ ، فيُساوِيهم في الاسْتِحْقاقِ ، كسائِرِهم . ولَنا ، ما روَى أبو هُرَيْرَةَ ، أنَّ النبيَّ ﷺ قال : « مَنْ أدْرَكَ مَتاعَهُ بعَيْنِه عِنْدَ إنْسَانٍ قَدْ أفْلَسَ ، فَهُوَ أحَقُّ بِهِ » . مُتَّفَقٌ عليه[2] . قال أحمدُ : لو أنَّ حاكِمًا حَكَم أنه أُسْوَةُ الغُرَماءِ ، ثم رُفِع إلى رجلٍ يَرَى العَمَلَ بالحَدِيثِ ، جازَ له نَقْضُ حُكْمِه . ولأنَّ هذا العَقْدَ يَلْحَقُه الفَسْخُ بالإقالَةِ ، فجاز فيه الفَسْخُ لتَعَذُّرِ الغَرَضِ ، كالمُسْلَمِ فيه إذا تَعَذَّرَ . ولأنَّه لو شَرَط في البَيْعِ رَهْنًا ، فعَجَز عن تَسْلِيمِه ، اسْتَحَقَّ الفَسْخَ ، وهو وَثِيقَةٌ بالثَّمَنِ ، فالعَجْزُ عن تَسْلِيمِ الثَّمَنِ بنَفْسِه أوْلَى . ويُفارِقُ البَيْعُ

الإنصاف

يَرْجِعُون . انتهى . ومنها ، أنْ لا يكونَ نقَد مِن ثَمَنِها شيئًا ، فإنْ كان نقَد منه شيئًا ، كان أُسْوَةَ الغُرَماءِ ، لا أعْلَمُ فيه خِلافًا . ومنها ، أنْ تكونَ السِّلْعَةُ بحالِها ، لم يَتْلَفْ بعضُها ، وكذا لم يزُلْ مِلْكُه عن بعضِها ببَيْعٍ أو هِبَةٍ أو وَقْفٍ ، أو غيرِ ذلك ، إنْ

(١ - ١) فى م : « حق » .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا وجد ماله عند مفلس ... ، من كتاب الاستقراض . صحيح البخارى ٣/١٥٥ ، ١٥٦ . ومسلم ، فى : باب من أدرك ما باعه عند المشترى وقد أفلس ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/١١٩٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٥٧ . وابن ماجه ، فى : باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٠ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى إفلاس الغريم ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦٧٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٣٤٧ .

الشرح الكبير

الرَّهْنَ ، فإنَّ إمْساكَ الرَّهْنِ إمْساكٌ مُجَرَّدٌ على سَبيلِ الوَثِيقَةِ ، وليس ببَدَلٍ ، والثمنُ ههُنا بَدَلٌ عن العَيْنِ ، فإذا تَعَذَّرَ اسْتِيفاؤُه ، رَجَع إلى المُبْدَلِ . وقَوْلُهم : تساوَوْا فى سَبَبِ الاسْتِحْقاقِ . قُلْنا : لكن اخْتَلَفُوا فى الشَّرْطِ ، فإنَّ بقاءَ العَيْنِ شَرْطٌ لمِلْكِ الفَسْخِ ، وهى مَوْجُودَةٌ فى حَقِّ مَن وَجَد مَتاعَه دُونَ مَن لم يَجِدْه . إذا ثَبَت هذا ، فإنَّ البائِعَ بالخِيارِ ، إن شاء رَجَع فى السِّلْعَةِ ، وإن شاء لم يَرْجِعْ وكان أُسْوَةَ الغُرَماءِ ، وسواءٌ كانَتِ السِّلْعَةُ مُساوِيَةً لثَمَنِها ، أو أقلَّ أو أكْثَرَ ؛ لأنَّ الإعْسارَ سَبَبٌ يُثْبِتُ جوازَ الفَسْخِ ، فلا يُوجِبُه ، كالعَيْبِ والخِيارِ . ولا يَفْتَقِرُ الفَسْخُ[1] إلى حُكْمِ حاكِمٍ ؛ لأنه فَسْخٌ ثَبَت بالنَّصِّ ، فلم يَحْتَجْ إلى حُكْمِ حاكِمٍ ، كفَسْخِ النِّكاحِ لِعِتْقِ الأمَةِ .

الإنصاف

كان عَيْنًا واحِدَةً . وإنْ كان المَبِيعُ عَيْنَيْن ؛ كعَبْدَين ، أو ثَوْبَين ونحوِهما ، فتَلِفَ أحدُهما ، أو نقَص ونحوُه ، رجَع فى العَيْنِ الأُخْرَى . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « المُنَوِّرِ » . و « مُنْتَخَبِ الآدَمِيِّ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . وعنه ، له أُسْوَةُ الغُرَماءِ . وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا ، وجماعَةٍ . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » . وقال : ولعلَّ مَبْناهما أنَّ العَقْدَ ، هل يَتَعَدَّدُ بتَعَدُّدِ المَبيعِ أم لا ؟ وحُكْمُ انْتِقالِ البعضِ ببَيْعٍ ونحوِه ، حُكْمُ التَّلَفِ . انتهى . قلتُ : تقدَّم فى كتابِ البَيْعِ ، بعدَ قَوْلِه : إذا جمع

---

(١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فصل : وهل خِيارُ الفَسْخِ على الفَوْرِ أو التَّراخِى ؟ فيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، أنَّه على التَّراخِى ؛ لأنَّه حَقُّ رُجُوعٍ يَسْقُطُ إلى عِوَضٍ ، فكان على التَّراخِى ، كالرُّجُوعِ فى الهِبَةِ . والثانى ، هو[1] على الفَوْرِ ؛ لأنَّ جَوازَ تَأْخِيرِه يُفْضِى إلى الضَّرَرِ بالغُرَماءِ ، لإِفضائِه إلى تأْخِيرِ حُقُوقِهم ، فأشْبَهَ خِيارَ الأخْذِ بالشُّفْعَةِ . وهذان الوَجْهان مَبْنِيَّان على الرِّوايَتَيْن فى خِيارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ . ونَصَر القاضى الوَجْهَ الثانِىَ . ولأصْحابِ الشافعىِّ الوَجْهان .

فصل : فإنْ بَذَل الغُرَماءُ لصاحِبِ السِّلْعَةِ الثَّمَنَ لِيَتْرُكَها ، لم يَلْزَمْه قَبُولُه . نَصَّ عليه أحمدُ . وبه قال الشافعىُّ . وقال مالِكٌ : ليس له الرُّجُوعُ ؛ (2)لأنَّ الرُّجُوعَ(2) [٤/١٠٢ظ] إنَّما جاز لدَفْعِ ما يَلْحَقُه مِن النَّقْصِ فى الثَّمَنِ ، فإذا بُذِل له بكَمالِه ، لم يَكُنْ له الرُّجُوعُ ، كما لو زال العَيْبُ مِن المَعِيبِ . ولَنا ، الخَبَرُ الذى رَوَيْناه ، ولأنَّه تَبَرُّعٌ بدَفْعِ الحَقِّ مِن غيرِ مَن هو عليه ، فلم يُجْبَرْ صاحِبُ الحَقِّ على قَبْضِه ، كما لو أعْسَرَ الزَّوْجُ بالنَّفَقَةِ ، فبَذَلَها غيرُه ، أو أعْسَرَ المُكاتَبُ ، فبَذَلَ غيرُه ما عليه لسَيِّدِه ، وبهذا يَنْتَقِضُ ما ذَكَرُوه . وسَواءٌ بَذَلُوه مِن أمْوالِهم ، أو خَصُّوه بثَمَنِه مِن مالِ المُفْلِسِ ، وفى هذا القَسْمِ ضَرَرٌ آخَرُ ؛ لأنَّه لا يَأْمَنُ أن يَظْهَرَ له غَرِيمٌ لم يَحْضُرْ ، فيَرْجِعَ عليه . وإن دَفَعُوا إلى المُفْلِسِ الثمنَ ، فبَذَلَه للبائعِ ، لم يَكُنْ له

الإنصاف

بينَ كِتابَةٍ وبَيْعٍ . أنَّ الصَّفْقَةَ تَتعدَّدُ بتَعَدُّدِ المَبِيعِ . على الصَّحيحِ .

---

(1) سقط من : م .

(2 - 2) سقط من : م .

الشرح الكبير

الفَسْخُ ؛ لأنَّه زال العَجْزُ عن تَسْلِيمِ الثَّمَنِ ، فزال مِلْكُ الفَسْخِ ، كما لو أسْقَطَ سائِرُ الغُرَماءِ حُقُوقَهم عنه فمَلَكَ أداءَ الثَّمَنِ . ولو أسْقَطَ الغُرَماءُ حَقَّهم[1] عنه فتَمَكَّنَ مِن الأداءِ ، أو وُهِب له مالٌ فأمْكَنَه الأداءُ منه ، أو غَلَتْ أعْيانُ مالِه فصارت قِيمَتُها وافِيَةً بحُقُوقِ الغُرَماءِ ، بحيث يُمْكِنُه أداءُ الثَّمَنِ كلِّه ، لم يَمْلِكِ الفَسْخَ ؛ لزَوالِ سَبَبِه ، ولأنَّه أمْكَنَه الوُصُولُ إلى ثَمَنِ سِلْعَتِه مِن المُشْتَرِى ، فلم يَكُنْ له الفَسْخُ ، كما لو لم يُفْلِسْ .

فصل : فإنِ اشْتَرَى المُفْلِسُ مِن إنْسانٍ سِلْعَةً بعدَ الحَجْرِ فى ذِمَّتِه ، وتَعَذَّرَ الاسْتِيفاءُ ، لم يَكُنْ له الفَسْخُ ، سَواءٌ عَلِم أو لم يَعْلَمْ ؛ لأنَّه لا يَسْتَحِقُّ المُطالَبَةَ بثَمَنِها ، فلا يَسْتَحِقُّ الفَسْخَ ؛ لتَعَذُّرِه ، كما لو كان ثَمَنُها مُؤَجَّلًا ، ولأنَّ العالِمَ بالفَلَسِ دَخَل على بَصِيرَةٍ بخَرابِ الذِّمَّةِ ، أشْبَهَ مَن اشْتَرَى مَعِيبًا يَعْلَمُ عَيْبَه . وقِيلَ[2] : له الخِيارُ ؛ لعُمُومِ الخَبَرِ ، ولأنَّه عَقَد عليه وَقْتَ الفَسْخِ ، فلم يَسْقُطْ حَقُّه مِن الفَسْخِ ، كما لو تَزَوَّجَتِ امْرأةٌ فقيرًا مُعْسِرًا بنَفَقَتِها . وفيه وَجْهٌ ثالِثٌ ، إنْ كان عالِمًا بفَلَسِه ، فلا فَسْخَ له ، وإن لم يَعْلَمْ ، فله الفَسْخُ ، كمُشْتَرِى المَعِيبِ . ويُفارِقُ المُعْسِرَ بالنَّفَقَةِ ؛ لكَوْنِ النَّفَقَةِ يَتَجَدَّدُ وُجُوبُها كلَّ يَوْمٍ ، فالرِّضا بالمُعْسِرِ بها رِضًا بعَيْبِ ما لم يَجِبْ ، بخِلافِ مسألتِنا ، وإنما يُشْبِهُ هذا إذا تَزَوَّجَتْ مُعْسِرًا بالصَّداقِ ، وسَلَّمَتْ نَفْسَها إليه ثم أرادَتِ الفَسْخَ .

الإنصاف ....

(١) فى م : « حقوقهم » .

(٢) فى م : « فيه وجه آخر » .

الشرح الكبير

فصل : ومَن[1] اسْتأْجَرَ أرْضًا للزَّرْعِ ، فأفْلَسَ قبلَ مُضِيِّ شيءٍ مِن المُدَّةِ ، فللمُؤْجِرِ فَسْخُ الإجارَةِ ؛ لأنَّه وَجد عَيْنَ مالِه . وإن كان بعدَ انْقِضاءِ المُدَّةِ ، فهو غَرِيمٌ بالأجْرِ . وإن كان بعدَ مُضِيِّ بَعْضِها ، لم يَمْلِكِ الفَسْخَ في قِياسِ قَوْلِنا في المَبيعِ إذا تَلِف بَعْضُه ، فإنَّ المُدَّةَ هـٰهُنا كالمَبيعِ ، ومُضِيُّ بَعْضِها كتَلَفِ بَعْضِه ، لكنْ يُعْتَبَرُ مُضِيُّ مُدَّةٍ لمِثْلِها أجْرٌ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ التَّحرُّزُ عن مُضِيِّ جُزْءٍ منها بحالٍ . وقال القاضي

الإنصاف

تنبيه : مِن صُورِ تَلَفِ البَعْضِ ، إذا اسْتأْجَرَ أرْضًا للزَّرْعِ ، فأفْلَسَ بعدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ لمِثْلِها[2] أُجْرَةٌ ، تَنْزِيلًا للمُدَّةِ مَنْزِلَةَ المَبيعِ ، ومُضِيُّ بعضِها بمَنْزِلَةِ تلَفِ بعضِها . وهذا المذهبُ . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وابنُ رَزِينٍ ، وغيرُهم . وقال القاضي ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » : له الرُّجوعُ . [3]وهل يَلْزَمُه تَبْقِيَةُ[3] زَرْعِ المُفْلِسِ ؟ فيه وَجْهان ، وأطْلَقَهما الزَّرْكَشِيُّ بأُجْرَةِ المِثْلِ . ثم هل يُضْرَبُ[4] له مع الغُرَماءِ ، اخْتارَه القاضي ، أو يُقَدَّمُ بها عليهم ؟ [٢/ ١٣٦ظ] قالَه في « التَّلْخيصِ » .

فوائد ؛ إحْداها ، لو وَطِئَ البِكْرَ ، امْتَنَعَ الرُّجوعُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ ، وغيرُه . وجزَم به في « التَّلْخيصِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، وغيرِهما . وقدَّمه في « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . وقيل :

---

(١) في م : « إن » .

(٢) بياض في : الأصل ، ط .

(٣ - ٣) في الأصل ، ط : « ويلزمه ببقية » .

(٤) في الأصل : « يصرف » .

الشرح الكبير

فى مَوْضِعٍ آخَرَ : مَن اكْتَرَى أرْضًا فزرَعَها ، ثم أفْلَسَ ، ففَسَخَ صاحِبُ الأرْضِ ، فعليه تَبْقِيَةُ زَرْعِ المُفْلِسِ إلى حينِ الحَصادِ بأجْرِ مِثْلِه ؛ لأنَّ المَعْقُودَ عليه المَنْفَعَةُ ، فإذا فَسَخَ العَقْدَ ، فَسَخَه فيما مَلَك عليه بالعَقْدِ ، وقد تَعذَّرَ رَدُّها عليه ، فكان عليه [٤/١٠٣و] عِوَضُها ، كما لو فَسَخ البَيْعَ بعدَ تَلَفِ المَبِيعِ ، فله قِيمَتُه ، ويَضْرِبُ بذلك مع الغُرَماءِ ، كذا هـٰهُنا ، ويَضْرِبُ مع الغُرَماءِ بأجْرِ المِثْلِ دُونَ المُسَمَّى . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ . وهذا لا يَقْتَضِيه مَذْهَبُنا ، ولا يَشْهَدُ لصِحَّتِه الخَبَرُ ، ولا يَصِحُّ فى النَّظَرِ . أمّا الخَبَرُ ، فلأنَّ النبىَّ ﷺ إنَّما قال : « مَنْ أدْرَكَ مَتاعَه بعَيْنِه عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أفْلَسَ ، فَهُوَ أحَقُّ به »[1] . وهذا ما أدْرَكَ مَتاعَه بعَيْنِه ، ولا هو أحقُّ به بالإجْماعِ ، فإنَّهم وافَقُوا على وُجوبِ تَبْقِيَتِها وعَدَمِ الرُّجُوعِ فى عَيْنِها ، ولأنَّ مَعْنَى قولِه : « مَنْ أدْرَكَ مَتاعَهُ بعَيْنِه » . أى على وَجْهٍ يُمْكِنُه أخْذُه ويَتَعَلَّقُ حَقُّهُ بعَيْنِه ، وليس هذا كذلك . وأمّا النَّظَرُ ، فإنَّ البائِعَ إنَّما كان أحَقَّ بعَيْنِ مالِه ؛ لتَعَلُّقِ حَقِّه بالعَيْنِ ، وإمْكانِ رَدِّ مالِه إليه بعَيْنِه ،

الإنصاف

لا يمْتَنِعُ . اخْتارَه القاضى ، وأطْلَقَهما فى « الفائقِ » . وكذا الحُكْمُ إذا جُرِحَ العَبْدُ . فعلى المذهبِ ، لا يَرْجِعُ . وعلى قَوْلِ القاضى ، يَرْجِعُ . فإنْ كان ممَّا لا أَرْشَ له ؛ كالحاصِلِ بفِعْلِ اللهِ تعالَى ، أو فِعْلِ بَهِيمَةٍ ، أو جِنايَةِ المُفْلِسِ ، أو عَبْدِه ، أو جِنايَةِ العَبْدِ على نَفْسِه ، فلا أَرْشَ له مع الرُّجوعِ . وإنْ كان الجِراحُ مُوجِبًا للأرْشِ ، كجِنايَةِ الأجْنَبِىِّ ، فللبائعِ إذا رجَع أنْ يَضْرِبَ مع الغُرَماءِ بحِصَّةِ

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٥٥ .

الشرح الكبير

فيَرْجِعُ[1] على مَن تَعلَّقَ حَقُّه بمُجَرَّدِ الذِّمَّةِ ، وهذا لم يَتَعلَّقْ حَقُّه بالعَيْنِ ، ولا أمْكَنَ رَدُّها إليه ، وإنَّما صار فائِدَةُ الرُّجُوعِ الضَّرْبَ بالقِيمَةِ دُونَ المُسَمَّى ، وليس هذا هو المُقْتَضِىَ فى مَحَلِّ النَّصِّ ، ولا هو فى مَعْناه ، فإثْباتُ الحُكْمِ به تَحَكُّمٌ بغيرِ دَلِيلٍ . ولو اكْتَرَى مَن يَحْمِلُ له مَتاعًا إلى بَلَدٍ ، ثم أفلَسَ المُكْتَرِى قبلَ حَمْلِ شىءٍ ، فللمُكْرَى[2] الفَسْخُ . وإن حملَ البَعْضَ ، أو بَعْضَ المَسافَةِ ، لم يَكُنْ له الفَسْخُ ، فى قِياسِ المَذْهَبِ . وقِياسُ قولِ القاضى ، له ذلك . وإذا فَسَخ ، سَقَط عنه حَمْلُ ما بَقِىَ ، وضَرَب مع الغُرَماءِ بقِسْطِ ما حَمَل مِن الأجْرِ المُسَمَّى . وعلى قِياسِ قولِ القاضى ، يَنْفَسِخُ العَقْدُ فى الجَمِيعِ ، ويَضْرِبُ بقِسْطِ ما حَمَل مِن أجْرِ المِثْلِ ؛ لِما ذَكَرْنا مِن قَوْلِه فى المَسْأَلَةِ التى حَكَيْنا قَوْلَه فيها .

الإنصاف

ما نقَص مِنَ الثَّمَنِ . وعلى المذهبِ أيضًا ، لو وَطِئَ الثَّيِّبَ ، كان له الرُّجوعُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : فله الرُّجوعُ فى الأصحِّ ، إذا لم تَحمِلْ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، يَمْتَنِعُ الرُّجوعُ . ذكَرَه ابنُ أبى مُوسى . وأطْلَقَهما فى « التَّلْخيصِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » . الثَّانيةُ ، لا يَمْنَعُ الأخذُ تَزْويجَ الأمَةِ ، فإذا أخَذَها البائعُ ، بطَل النِّكاحُ فى الأقْيَسِ . قالَه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . قلتُ : الصَّوابُ عدَمُ البُطْلانِ . الثَّالثةُ ، لو خرَجَتِ

---

(١) فى م : « فيرجع » .

(٢) فى م : « فللمكترى » .

الشرح الكبير

فصل : فإن أقْرَضَ رجلًا مالًا ، ثم أفْلَسَ المُقْتَرِضُ ، وعَيْنُ المالِ قائمَةٌ ، فله الرُّجُوعُ فيها ؛ لقَوْلِه عليه السَّلامُ : « مَنْ أدْرَكَ مَتاعَهُ بعَيْنِه عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أفْلَسَ ، فَهُوَ أحَقُّ بِهِ » . ولأنَّه غَرِيمٌ وَجد عَيْنَ مالِه ، فكان له أخذُها ؛ كالبائِعِ . فإن أصْدَقَ امْرأةً عَيْنًا ، ثم انْفَسَخَ نِكاحُها بسَبَبٍ مِن جِهَتِها يُسْقِطُ صَداقَها ، أو طَلَّقَها قبلَ الدُّخُولِ بها ، فاسْتَحَقَّ الرُّجُوعَ فى نِصْفِه ، وقد أفْلَسَتْ ووَجد عَيْنَ مالِه ، فهو أحَقُّ بها ؛ لِما ذَكَرْنا .

الإنصاف

السِّلْعَةُ عن مِلْكِه قبلَ الحَجْرِ ، ورجَعَتْ بعدَ الحَجْرِ ، فقيلَ : له الرُّجوعُ . قال النَّاظِمُ : عادَ الرُّجوعُ على القَوِىِّ . قال فى « التَّلْخيصِ » : هو كعَوْدِ المَوْهُوبِ إلى الابنِ بعدَ زَوالِه ؛ هل للأبِ الرُّجوعُ ، أم لا ؟ قلتُ : الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ له الرُّجوعَ . على ما يَأْتِى . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . وقيل : ليس له الرُّجوعُ مُطْلَقًا . وقيل : إنْ عادَتْ إليه بسَبَبٍ جديدٍ ؛ كبَيْعٍ ، وهِبَةٍ ، وإرْثٍ ، ووَصِيَّةٍ ، لم يَرْجِعْ . وإنْ عادَتْ إليه بفَسْخٍ ؛ كالإِقالَةِ ، والرَّدِّ بالعَيْبِ ، والخِيارِ ، ونحوِه ، فله الرُّجوعُ . ويأْتِى فى الهِبَةِ نَظِيرُ ذلك فى رُجوعِ الأبِ إذا رجَعَ إلى الابنِ بعدَ وَفاتِه ، والصَّحيحُ مِن ذلك . وأطْلَقهُنَّ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، و « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » ، وأطْلَقَ الوَجْهَيْن الأوَّلَيْن فى « الكافِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » . وحيثُ قُلْنا : له الرُّجوعُ . لوِ اشْتَراها ، ثم باعَها ، ثم اشْتَراها ، فقيلَ : يخْتَصُّ بها البائعُ الأوَّلُ ؛ لسَبْقِه . وقيل : يُقْرَعُ بينَه وبينَ البائعِ الثَّانِى . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » . ومنها ، بَقاءُ صِفَةِ السِّلْعَةِ . فلو تغَيَّرَتْ بما يُزِيلُ اسْمَها ؛ كنَسْجِ الغَزْلِ ، وخَبْزِ الدَّقيقِ ، وطَحْنِ الحِنْطَةِ ، وعَمَلِ الزَّيْتِ صابُونًا ، أو قَطْعِ

الشرح الكبير

فصل : وإنَّما يَسْتَحِقُّ الرُّجُوعَ فى السِّلْعَةِ بشُرُوطٍ خَمْسَةٍ ؛ أحَدُها ، أن يَكُونَ المُفْلِسُ حَيًّا ، فإن مات فالبائِعُ أُسْوَةُ الغُرَماءِ ، سَواءٌ عَلِم بفَلَسِه قبلَ المَوْتِ ، فحُجِر عليه ثم مات ، أو مات فتَبَيَّنَ فَلَسُه . وبهذا قال مالِكٌ ، وإسْحاقُ . وقال الشافعىُّ : له الفَسْخُ واسْتِرْجاعُ العَيْنِ ؛ لِما رَوَى ابنُ خَلْدَةَ الزُّرَقِىُّ ، قاضى المَدِينَةِ ، قال : أتَيْنا أبا هُرَيْرَةَ فى صاحِبٍ لَنا [٤/١٠٣ظ] قد أفْلَسَ ، فقال أبو هُرَيْرَةَ : هذا الذى قَضَى فيه رسولُ اللهِ ﷺ : « أيُّما رَجُلٍ مَاتَ أو أفْلَسَ ، فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أحَقُّ بِمَتَاعِهِ إذَا وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ » . رَواه أبو داودَ ، وابنُ ماجه[1] . ولأنَّ هذا العَقْدَ يَلْحَقُه الفَسْخُ بالإقالَةِ ، فجاز فَسْخُه لتَعَذُّرِ العِوَضِ ، كما لو تعَذَّرَ المُسْلَمُ فيه ، ولأنَّ الفَلَسَ سَبَبٌ لاسْتِحْقاقِ الفَسْخِ ، فجاز الفَسْخُ به بعدَ المَوْتِ ، كالعَيْبِ . ولَنا ، ما رَوَى أبو بَكْرِ بنُ عبدِ الرحمنِ ، عن أبى هُرَيْرَةَ ، عن النبىِّ ﷺ ، فى حديثِ المُفْلِسِ : « فَإنْ مَاتَ ، فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أُسْوَةُ

الإنصاف

الثَّوْبِ قَميصًا ، أو نَجْرِ الخَشَبِ أبْوابًا ، أو عَمَلِ الشَّريطِ إبَرًا ، أو نحوِ ذلك ، امْتَنَعَ الرُّجوعُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وقال فى « المُوجَزِ » : إنْ أحْدَثَ صَنْعَةً ؛ كنَسْجِ غزْلٍ ، وعَمَلِ

---

(١) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٥٧ . وابن ماجه ، فى : باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٠ .

الشرح الكبير

الْغُرَمَاءِ » . رَواه أبو داودَ[1] . ورَوَى أبو اليمانِ ، عن الزَّبيدِىِّ ، عن الزُّهْرِىِّ ، عن أبى هُرَيْرَةَ قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « أَيُّمَا امْرِئٍ مَاتَ وَعِنْدَه مَالُ امْرِئٍ بِعَيْنِهِ ، اقْتَضَى مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئًا أَوْ لَمْ يَقْتَضِ ، فَهُوَ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ[2] » . رَواه ابنُ ماجه[3] . ولأنَّه تَعَلَّقَ به حَقُّ غيرِ المُفلِسِ والغُرَماءِ ، وهم الوَرَثَةُ ، فأشْبَهَ المَوْهُوبَ . وحَديثُهم مَجْهُولُ الإسْنادِ ، قالَه ابنُ المُنْذِرِ . وقال ابنُ عبدِ البَرِّ : يَرْوِيه أبو المُعْتَمِرِ ، عن الزُّرَقِىِّ ، وأبو المُعْتَمِرِ غيرُ مَعْرُوفٍ بحَمْلِ العِلْمِ . ثم هو غيرُ مَعْمُولٍ به إجْماعًا ، فإنَّه جَعَلَ المتاعَ لصاحِبِه بمُجَرَّدِ مَوْتِ المُشْتَرِى مِن غيرِ شَرْطِ فَلَسِه

الإنصاف

الدُّهْنِ صابُونًا ، فروايَتان . وقال فى « التَّبْصِرَةِ » : لا يأْخُذُه . وعنه ، بلَى ، ويُشارِكُه المُفْلِسُ فى الزِّيادَةِ . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، مِن عندِه : إنْ لم تَزِدْ قِيمَةُ الحَبِّ بطَحْنِه ، والدَّقيقِ بخَبْزِه ، والغَزْلِ بنَسْجِه ، رجَع ، وإلَّا فلا .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو كان حبًّا ، فصارَ زَرْعًا ، أو بالعَكْسِ ، أو نَوًى ، فنبَت شَجَرًا ، أو بَيْضًا ، فصارَ فَرْخًا ، سقَط الرُّجوعُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقال القاضى : لا يَمْنَعُ ذلك الرُّجوعَ . واخْتارَه فى « التَّلْخيصِ » ، ورَدَّه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . الثَّانيةُ ، لو خلَط المَبِيعَ أو بعضَه بما لا يتَمَيَّزُ منه ، فقال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما : سقَط حقُّه مِنَ الرُّجوعِ ؛ لأنَّه لم يَجِدْ عَيْنَ[4] مالِه . وقال الزَّرْكَشِىُّ : وقد يُقالُ : يَنْبَنِى على الوَجْهَيْن فى أنَّ الخَلْطَ ، هل

---

(١) فى الباب السابق والموضع السابق .

(٢) فى سنن ابن ماجه : « للغرماء » .

(٣) فى الباب السابق . سنن ابن ماجه ٢/٧٩١ .

(٤) فى ط : « غير » .

الشرح الكبير

ولا تعذُّرِ وَفائِه ولا عَدَم قَبْض ثَمَنِه ، والأمْرُ بخِلافِ ذلك عندَ جَمِيعِ العُلَماءِ ، إلَّا ما حُكِيَ عن الإصْطَخْرِيِّ[1] مِن أصْحابِ الشافعيِّ ، أنَّه قال : لصاحِبِ السِّلْعَةِ أنْ يَرْجِعَ فيها إذا ماتَ المُشْتَرِى ، وإن خَلَّفَ وَفاءً . وهذا شُذُوذٌ عن أقْوالِ أهلِ العلمِ ، وخِلافٌ للسُّنَّةِ لا يُعَرَّجُ على مِثْلِه . وتُفارِقُ حالَةُ الحَياةِ حالَةَ المَوْتِ ؛ لأمْرَيْن ؛ أحَدُهما ، أنَّ المِلْكَ فى الحَياةِ للمُفْلِسِ ، وهٰهُنا لغيرِه . الثانى ، أنَّ ذِمَّةَ المُفْلِسِ خَرِبَت هٰهُنا خَرابًا لا يعودُ ، فاخْتِصاصُ هذا بالعَيْنِ يَضُرُّ بالغُرَماءِ كَثِيرًا ، بخِلافِ حالَةِ الحَياةِ . الشَّرْطُ الثانى ، أن لا يَكُونَ البائِعُ قَبَض مِن ثَمَنِها شيئًا ، فإن كان قد قَبَض بعضَ ثَمَنِها ، سَقَطَ حَقُّ الرُّجُوعِ . وبهذا قال إسحاقُ ، والشافعيُّ فى القَدِيمِ . وقال فى الجَدِيدِ : له أن يَرْجِعَ فى قَدْرِ ما بَقِىَ مِن الثَّمَنِ ؛ لأنَّه سَبَبٌ تَرْجِعُ به العَيْنُ كلُّها إلى العاقِدِ ، فجاز أن يَرْجِعَ به[2] بعضُها ، كالفُرْقَةِ قبلَ الدُّخُولِ فى النِّكاحِ . وقال مالِكٌ : هو مُخَيَّرٌ ، إن شاء رَدَّ

الإنصاف

هو بمَنْزِلَةِ الإتْلافِ أم لا ؟ ولا نُسَلِّمُ أنَّه لم يَجِدْ عَيْنَ مالِه ، بل وَجَدَه حُكْمًا . انتهى . قلتُ : الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ الخَلْطَ ليس بإتْلافٍ ، وإنَّما هو اشْتِراكٌ ، على ما يَأْتِى فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى بابِ الغَصْبِ ، فى قوْلِه : وإنْ خلَط المَغْصُوبَ بمالِه على وَجْهٍ لا يتَمَيَّزُ . ومنها ، أنْ لا يتَعلَّقَ بها حقُّ شُفْعَةٍ . فإنْ تعلَّقَ بها حقُّ شُفْعَةٍ ، امْتَنَع الرُّجوعُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ،

(١) الحسن بن أحمد بن يزيد الإصطخرى الشافعى أبو سعيد ، قاضى قُمّ ، أحد الرفعاء من أصحاب الوجوه فى مذهب الشافعى ، توفى ببغداد سنة ثمان وعشرين وثلاثمائة . طبقات الشافعية الكبرى ٣/٢٣٠ - ٢٥٣ .

(٢) فى م : « فى » .

الشرح الكبير

ما قَبَضه ورَجَع فى جَمِيعِ العَيْنِ ، وإن شاء حاصَّ الغُرَماءَ و لم يَرْجِعْ . ولَنا ، ما روَى أبو هُرَيْرَةَ ، عن النبىِّ ﷺ : « أَيُّمَا رَجُلٍ أَفْلَسَ ، فَوَجَدَ رَجُلٌ عِنْدَهُ مَالَهُ ، وَلَمْ يَكُنِ اقْتَضَى مِنْ مَالِهِ شَيْئًا ، فَهُوَ لَهُ » . رَواهُ الإمامُ أحمدُ[1] . وروى[2] أبو بكرِ بنُ عبدِ الرحمنِ ، عن أبى هُرَيْرَةَ ، أنَّ النبىَّ [٤/١٠٤و] ﷺ قال : « أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ سِلْعَةً ، فَأَدْرَكَ سِلْعَتَهُ بِعَيْنِها عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أفْلَسَ ، وَلَمْ يَكُنْ قَدْ قَبَضَ مِنْ ثَمَنِها شَيْئًا ، فَهِىَ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ قَبَضَ مِنْ ثَمَنِها شَيْئًا ، فَهُوَ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ » . رَواه أبو داودَ ، وابنُ ماجه[3] . ولأنَّ فى[4] الرُّجُوعِ فى قِسْطِ ما بَقِىَ تَبْعِيضًا للصَّفْقَةِ على المُشْتَرِى وإضْرارًا به ، وليس ذلك للبائعِ . فإن قِيلَ : لا ضَرَرَ عليه فى ذلك ؛ لأنَّ مالَه يُباعُ ولا يَبْقَى له ، فيَزُولُ عنه الضَّرَرُ . قُلْنا : لا يَنْدَفِعُ الضَّرَرُ بالبَيْعِ ، فإنَّ قِيمَةَ الشِّقْصِ تَنْقُصُ ، ولا يُرْغَبُ فيه مُشَقَّصًا ، فيَتَضَرَّرُ المُفْلِسُ والغُرَماءُ بنَقْصِ القِيمَةِ . ولأنَّه سَبَبٌ يُفْسَخُ[5] به البَيْعُ ،

الإنصاف

و « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الوَجيزِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، فى مَوْضِعٍ ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفائقِ » . قال فى « الفُروعِ » : فله أُسْوَةُ [٢/١٣٧و] الغُرَماءِ فى الأصحِّ . وقيل : لا يَمْتَنِعُ الرُّجوعُ .

---

(١) فى : المسند ٢/٥٢٥ .

(٢) فى م : « ورواه » .

(٣) انظر تخريج حديث : « أيما رجل مات أو أفلس ... » فى صفحة ٢٦٣ .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) فى م : « يفسد » .

الشرح الكبير

فلم يَجُزْ تَشْقِيصُه ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ والخِيارِ ، وقِياسُ البَيْعِ على البَيْعِ أوْلَى مِن قِياسِه على النِّكاحِ . ولا فَرْقَ بينَ كَوْنِ المَبِيعِ عَيْنًا واحِدَةً أو عَيْنَيْن ؛ لِما ذَكَرْنا مِن الحَدِيثِ والمَعْنَى . فإن قِيلَ : حَدِيثُكم يَرْوِيه أبو بكرِ بنُ عبدِ الرحمنِ ، عن النبيِّ ﷺ مُرْسَلًا ، ولا حُجَّةَ فى المَراسِيلِ . قُلْنا: قد رَواهُ مالِكٌ وموسى بنُ عُقْبَةَ عن الزُّهْرِىِّ ، عن أبى بكرِ بن عبدِ الرحمنِ ، عن أبى هُرَيْرَةَ ، كذلك ذَكَرَه ابنُ عبدِ البَرِّ[1] ، وأخْرَجَه أبو داودَ ، وابنُ ماجه ، والدّارَقُطْنِىُّ[2] فى سُنَنِهم مُتَّصِلًا ، فلا يَضُرُّ إرْسالُ مَن أرْسَلَه ، على أنَّ حَدِيثَنا الأوَّلَ يَكْفِى فى الدَّلالَةِ ، وهو مُتَّصِلٌ ، رَواه الإمامُ أحمدُ .

الإنصاف

اخْتارَه ابنُ حامِدٍ . وقال فى « الكُبْرَى » ، فى مَوْضِعٍ آخَرَ : وإنِ اشْتَرَى شِقْصًا مَشْفُوعًا ، فلبائعِه الرُّجوعُ . وقيل : الشَّفِيعُ أحقُّ به . وقيل : إنْ طلَب الشَّفِيعُ ، امْتَنَعَ ، وإلَّا فلا . وأطْلَقَهُنَّ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الكافِى » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » . ومنها ، أنْ لا يتَعلَّقَ بها حقُّ رَهْنٍ . فإنْ تعلَّقَ بها حقُّ رَهْنٍ ، امْتَنَعَ الرُّجوعُ . لا أعْلَمُ فيه خِلافًا . لكِنْ إذا كان الرَّهْنُ أكثرَ مِنَ الدَّيْنِ ، فما فضَل منه ، رُدَّ على المالِ ، وليس لبائعِه الرُّجوعُ فى الفاضِلِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . ويأْتِى قَرِيبًا فى كلامِ المُصَنِّفِ مَجْزُومًا به . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وقال القاضى : له الرُّجوعُ ؛ لأنَّه عَيْنٌ له . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : وما ذكَرَه القاضى لا يُخَرَّجُ على المذهبِ ؛ لأنَّ تلَف بعضِ المَبِيعِ يَمْنَعُ الرُّجوعَ ، فكذلك

---

(١) انظر الاستيعاب ٢١/٢٢ .

(٢) تقدم تخريجه عند أبى داود وابن ماجه فى صفحة ٢٦٣ . وأخرجه الدارقطنى فى: كتاب البيوع. سنن الدارقطنى ٣/٣٠.

الشرح الكبير

فصل : الشَّرْطُ الثّالِثُ ، أن تَكُونَ السِّلْعَةُ باقِيَةً بعَيْنِها لم يَتْلَفْ بَعْضُها ، فإن تَلِف جُزْءٌ منها ، كبَعْضِ أطْرافِ العَبْدِ ، أو ذَهَبَتْ عَيْنُه ، أو تَلِف بعضُ الثَّوْبِ ، أو انْهَدَمَ بعضُ الدّارِ ، أو اشْتَرَى شَجرًا مُثْمِرًا لم تظْهَرْ ثَمَرَتُه فتَلِفَتِ الثَّمَرَةُ ، أو نحوُ هذا ، لم يَكُنْ للبائِعِ الرُّجُوعُ ، وكان أُسْوَةَ الغُرَماءِ . وبهذا قال إسحاقُ . وقال مالِكٌ ، والأوْزاعِىُّ ، والشافعىُّ ، والعَنْبَرِىُّ : له الرُّجُوعُ فى الباقِى ، ويَضْرِبُ مع الغُرَماءِ بحِصَّةِ التّالِفِ ؛ لأنَّها عَيْنٌ يَمْلِكُ الرُّجُوعَ فى جَمِيعِها ، فمَلَكَ الرُّجُوعَ فى بَعْضِها ، كالذى له الخِيارُ ، وكالأبِ فيما وَهَب لوَلَدِه . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « مَنْ أدْرَكَ مَتاعَهُ

الإنصاف

ذَهابُ بعضِه بالبَيْعِ . فلو كان المَبِيعُ عَيْنَيْن ؛ فرهَن أحدَهما ، فهل يَمْلِكُ البائعُ الرُّجوعَ فى الأُخرَى ؟ على وَجْهَيْن ؛ بِناءً على الرِّوايتَيْن فيما إذا تَلِفَ أحدُ العَيْنَيْن ، على ما تقدَّم . وقد عَلِمْتَ أنَّ المذهبَ ، له الرُّجوعُ هناك . فكذا هنا .

فائدة : لو ماتَ الرَّاهِنُ ، وضاقَتِ التَّرِكَةُ عن الدُّيونِ ، قُدِّمَ المُرْتَهِنُ برَهْنِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، ونصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، هو أُسْوَةُ الغُرَماءِ . نصَّ عليه أيضًا . وأطْلَقَهما الزَّرْكَشِىُّ ، آخِرَ الرَّهْنِ . ومنها ، أنْ لا يتَعَلَّقَ بها حقُّ جِنايَةٍ ؛ بأنْ يَشْترِىَ عَبْدًا ، ثم يُفْلِسَ بعدَ تعَلُّقِ أرْشِ الجِنايَةِ برَقَبَتِه ، فيمْتَنِعُ الرُّجوعُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » . وقدَّمه فى « الفائقِ » ، و « الكافِى » . وقيل : له الرُّجوعُ ؛ لأنَّه حقٌّ لا يَمْنَعُ تصَرُّفَ المُشْترِى فيه ، بخِلافِ الرَّهْنِ . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » . فعلى المذهبِ ، حُكْمُه حُكْمُ

الشرح الكبير

بِعَيْنِه عِنْدِ إنْسَانٍ قَدْ أفْلَسَ ، فَهُوَ أحَقُّ بِهِ »[1] . فشَرَطَ[2] أن يَجِدَه بعَيْنِه ، وهذا لم يَجِدْه بعَيْنِه ، ولأنَّه إذا أدْرَكَه بعَيْنِه حَصَل له بالرُّجُوعِ فصلُ الخُصُومَةِ وانْقِطاعُ ما بينَهما مِن المُعامَلَةِ ، بخِلافِ ما إذا وَجَد بَعْضَه . ولا فَرْقَ بينَ أن يَرْضَى بالمَوْجُودِ بجَمِيعِ الثَّمَنِ ، أو يأْخُذَه بقِسْطِه منه ؛ لأنَّه فاتَ شَرْطُ الرُّجُوعِ . وإن كان المَبِيعُ عَيْنَيْن ، كعَبْدَيْن أو ثَوْبَيْنِ تَلِف أحَدُهما أو نَقَص ، ففى جَوازِ الرُّجُوعِ [٤/١٠٤ظ] فى الباقِى منهما رِوايَتانِ ؛ إحْداهما ، لا يَرْجِعُ . نَقَلَها أبو طالِبٍ عنه ، قال : لا يَرْجِعُ ببَقِيَّةِ العَيْنِ ، ويَكُونُ أُسْوَةَ الغُرَماءِ ؛ لأنَّه لم يَجِدِ المَبِيعَ بعَيْنِه ، فأشْبَهَ ما لو كان عَيْنًا واحِدَةً . ولأنَّ بعضَ المَبِيعِ تالِفٌ ، فلم يَمْلِكِ الرُّجُوعَ فيه ،

الإنصاف

الرَّهْنِ . وعلى الثَّانِى ، هو مُخَيَّرٌ ؛ إنْ شاءَ رجَع فيه ناقِصًا بأرْشِ الجِنايَةِ ، وإنْ شاءَ ضَرَب بثَمَنِه مع الغُرَماءِ ، فإنْ أبْرَأَ الغَرِيمَ مِنَ الجِنايَةِ ، فللبائعِ الرُّجوعُ . قال فى « القاعِدَةِ السَّادِسَةَ عَشَرَ » : لو تعلَّقَ بالعَيْنِ المَبِيعَةِ حقُّ شُفْعَةٍ ، أو جِنايَةٍ ، أو رَهْنٍ ، ثم أفْلَسَ ، ثم أسْقَطَ المُرْتَهِنُ ، أو الشَّفِيعُ ، أو المَجْنِىُّ عليه حقَّه ، فالبائعُ أحقُّ بها مِنَ الغُرَماءِ ؛ لزَوالِ المُزاحَمَةِ ، على ظاهِرِ كلامِ القاضى ، وابنِ عَقِيلٍ . ذكَرَه المَجْدُ فى « شَرْحِه » . ويتَخَرَّجُ فيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه أُسْوَةُ الغُرَماءِ . انتهى . ومنها ، أنْ لا يَزِيدَ زِيادَةً مُتَّصِلَةً . فإنْ زادَ زِيادَةً مُتَّصِلَةً ، كالسِّمَنِ ، وتعَلُّمِ صَنْعَةٍ ؛ كالكِتابَةِ ، والقُرْآنِ ، ونحوِهما ، امْتَنعَ الرُّجوعُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . اخْتارَه الخِرَقِىُّ ، والشِّيرَازِىُّ . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الهادِى » ، و « الكافِى » ،

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٥٥ .

(٢) فى م : « بشرط » .

الشرح الكبير

كما لو قُطِعَت يدُ العَبْدِ . ونَقَل الحَسَنُ بنُ ثَوَابٍ عن أحمدَ ، إن كان ثَوْبًا واحِدًا فتَلِفَ بَعْضُه ، فهو أُسْوَةُ الغُرَماءِ ، وإن كان رِزَمًا فتَلِفَ بَعْضُها ، فإنَّه يَأْخُذُ بَقِيَّتَها إذا كان بعَيْنِه ؛ لأنَّ السّالِمَ مِن المَبيعِ وَجَدَه البائِعُ بعَيْنِه ، فيَدْخُلُ فى عُمُومِ الحديثِ المَذْكُورِ . ولأنَّه مَبِيعٌ وَجَدَه بعَيْنِه ، فكان للبائِعِ الرُّجُوعُ فيه ، كما لو كان جَمِيعَ المَبيعِ . فإنْ باعَ بَعْضَ المَبيعِ ، أو وَهَبَه ، أو وَقَفَه ، فهو بمَنْزِلَةِ تَلَفِه ؛ لأنَّ البائِعَ ما أدْرَكَ مالَه بعَيْنِه[1] .

فصل : فإن تَغَيَّرَتْ صِفَتُها بما يُزِيلُ اسْمَها ، فطَحَنَ الحِنْطَةَ ، أو زَرَعَها ، أو خَبَز الدَّقِيقَ ، أو عَمِلَ الزَّيْتَ صابُونًا ، أو قَطَعَ الثَّوْبَ قَمِيصًا ، أو نَسَجَ الغَزْلَ ثَوْبًا ، أو نَجَر الخَشَبَةَ أبْوابًا ، أو عَمِلَ الشَّرِيطَ إبَرًا ، أو شيئًا فعَمِلَ[2] به ما أزال اسْمَه ، سَقَط حَقُّ الرُّجُوعِ . وقال الشافعىُّ : فيه قَوْلان ؛ أحَدُهما ، به أقُولُ ، يَأْخُذُ عَيْنَ مالِه ، ويُعْطِى قِيمَةَ عَمَلِ المُفلِسِ فيها ؛ لأنَّ عَيْنَ مالِه مَوْجُودَةٌ ، وإنَّما تَغَيَّرَ اسْمُها ، فأشْبَهَ ما لو كان المَبِيعُ حَمَلًا فصار كَبْشًا ، أو وَدِيًّا[3] فصار نَخْلًا . ولَنا ، أنَّه لم يَجِدْ مَتاعَه بعَيْنِه ، فلم يَكُنْ له الرُّجُوعُ ، كما لو تَلِف . والأصْلُ الذى قاسُوا عليه مَمْنُوعٌ ، وإن سُلِّمَ ، فإنَّه لم يَتَغَيَّرِ اسْمُه ، بخِلافِ مَسْألَتِنا .

الإنصاف

و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » . ونَصَرَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، ورَدَّا غيرَه . قال القاضى ، فى كتابِ الهِبَةِ مِن « خِلافِه » : وهو مَنْصُوصُ أحمدَ . وعنه ، أنَّ

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى م : « فصل » .

(٣) الودى : صغار النخل ، واحدتها وديّة .

الشرح الكبير

فصل : فإن كان حَبًّا فصار زَرْعًا ، أو بالعَكْسِ ، أو نَوًى فنَبَتَ شَجَرًا ، أو بَيْضًا فصار فِراخًا ، سَقَط الرُّجُوعُ . وقال القاضى : لا يَسْقُطُ . وهو أحدُ الوَجْهَيْن لأَصْحابِ الشافعىِّ المَنْصُوصِ (١)عليه منهما(١) ؛ لأنَّ الزَّرْعَ نَفْسُ الحَبِّ ، والفَرْخَ نَفْسُ البَيْضَةِ . ولَنا ، أنَّه لم يَجِدْ عَيْنَ مالِه ، فلم يَرْجِعْ ، كما لو أتْلَفه مُتْلِفٌ فأَخَذَ قِيمَتَه . ولأنَّ الحَبَّ أعْيانٌ ابْتَدَأَها اللهُ تعالى ، لم تكُنْ مَوْجُودَةً عندَ البَيْعِ ، وكذلك أعْيانُ الزَّرْعِ والفَرْخِ . ولو اسْتأْجَرَ أرْضًا ، واشْتَرَى بَذْرًا وماءً ، فزَرَعَ وسَقَى واسْتَحْصَدَ ، وأفْلَسَ ، فالمُؤْجِرُ وبائِعُ البَذْرِ والماءِ غُرَماءُ ، لا حَقَّ لهم فى الرُّجُوعِ ؛ لأنَّهُم لم يَجِدُوا أعْيانَ أمْوالِهم . وعلى قولِ مَن قال : له الرُّجُوعُ فى الزَّرْعِ . تكونُ عليه غَرامَةُ الأُجْرَةِ وثَمَنُ الماءِ ، أو قِيمَةُ ذلك .

الإنصاف

الزِّيادَةَ لا تَمْنَعُ الرُّجوعَ . نصَّ عليه فى رِوايَةِ المَيْمُونِىِّ . وقالَه القاضى وأصحابُه ، وابنُ أبى مُوسى . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « تَجْريدِ العِنايَةِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « النَّظْمِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « إدْراكِ الغايَةِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، وقال : وهو القِياسُ . قال فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » : هذا ظاهِرُ المذهبِ ، ولعَلَّه المذهبُ ؛ لأنَّه المَنْصُوصُ ، وعليه الأكثرُ . فعليها ، يَأْخُذُها بزِيادَتِها . وأطْلَقَهما ابنُ البَنَّا فى « الخِصالِ » ، وصاحِبُ « الحاوِيَيْن » .

(١ - ١) فى م : « عليهما » .

المقنع

وَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِهَا حَقٌّ مِنْ شُفْعَةٍ ، أَوْ جِنَايَةٍ ، أَوْ رَهْنٍ ، وَنَحْوِهِ ،

الشرح الكبير

١٩١٤ – مسألة : (ولم يَتَعَلَّقْ بها حَقٌّ مِن شُفْعَةٍ ، أو جِنايَةٍ ، أو رَهْنٍ) هذا هو الشَّرْطُ الرّابعُ ، وهو أن لا يَتعَلَّقَ بها حَقُّ الغيرِ ، فإن رَهَنَها المُفْلِسُ أو وَهَبَها ، لم يَمْلِكِ البائعُ الرُّجُوعَ ، كما لو باعَها أو أعْتَقَها ؛ لأنَّ فى[1] الرُّجُوعِ إضْرارًا بالمُرْتَهِنِ ، ولا يُزالُ الضَّرَرُ بالضَّرَرِ ، ولأنَّ النبىَّ ﷺ قال : « مَنْ وَجَدَ مَتاعَه بعَيْنِه عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أفْلَسَ ، فَهُوَ أحَقُّ بِهِ »[2] . وهذا لم يَجِدْه عندَ [٤/١٠٥و] المُفْلِسِ . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا . فإن كان دَيْنُ[3] المُرْتَهِنِ دُونَ قِيمَةِ الرَّهْنِ ، بِيعَ كُلُّه ، فقُضِىَ منه دَيْنُ المُرْتَهِنِ ، والباقِى يُرَدُّ على مالِ المُفْلِسِ ، يَشْتَرِكُ فيه الغُرَماءُ ، وإن بِيعَ بَعْضُه ، فباقِيه لهم يُباعُ أيْضًا ، ولا يَرْجِعُ به البائِعُ . وقال القاضى : له الرُّجُوعُ به[4] . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه عَيْنُ مالِه . وهذا مِثْلُ تَلَفِ بَعْضِ المَبِيعِ ، وقد ذَكَرْناه . وما ذَكَرَه القاضى لا يُخَرَّجُ على المَذْهَبِ ؛ لأنَّ تَلَفَ بعضِ المَبِيعِ يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ، فكذلك ذَهابُ بَعْضِه بالبَيْعِ . ولو رَهَن بَعْضَ العَبْدِ لم يَكُنْ للبائِعِ الرُّجُوعُ فى باقِيه ؛ لِما ذَكَرْنا . فإن كان المَبِيعُ عَيْنَيْن ، فرَهَنَ إحْداهما ، فهل يَمْلِكُ البائعُ الرُّجُوعَ فى الأُخْرَى ؟ على وَجْهَيْن ، بِناءً على الرِّوايَتَيْن فيما إذا تَلِفَتْ إحْدَى العَيْنَيْنِ . فإن فَكَّ

الإنصاف

....

(١) سقط من : م .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٥٥ .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقط من : م .

الشرح الكبير

الرَّهْنَ قبلَ فَلَسِ المُشْتَرِى ، أو أبْرَأه مِن دَيْنِه ، فللبائعِ الرُّجُوعُ ؛ لأنَّه أدْرَكَ عَيْنَ مالِه عندَ المُشْتَرِى . وإن أفْلَسَ وهو رَهْنٌ ، فأبْرَأَ المُرْتَهِنُ المُشْتَرِىَ مِن دَيْنِه ، أو قَضَى الدَّيْنَ مِن[1] غيرِه ، فللبائعِ الرُّجُوعُ أيضًا ؛ لذلك[2] .

فصل : فإن كان المَبِيعُ شِقْصًا مَشْفُوعًا ، ففيه ثَلاثَةُ أوْجُهٍ ؛ أحَدُها ، البائِعُ أحَقُّ به . وهذا قولُ ابنِ حامِدٍ ؛ للخَبَرِ . ولأنَّه إذا رَجَع فيه ، عاد الشِّقْصُ إليه ، فيَزُولُ الضَّرَرُ عن الشَّفِيعِ ؛ لأنَّه عاد كما كان قبلَ البَيْعِ . والثانِى ، أنَّ الشَّفِيعَ أحَقُّ . وهو الذى ذَكَرَه شيخُنا ههُنا . وحَكاه أبو الخَطّابِ ؛ لأنَّ حَقَّه أسْبَقُ ، فكان أوْلَى ؛ لأنَّ حَقَّ البائعِ ثَبَت بالحَجْرِ ، وحَقَّ الشَّفِيعِ ثَبَت بالبَيْعِ ، ولأنَّ حَقَّه آكَدُ ؛ لأنَّه يَسْتَحِقُّ انْتِزاعَ الشِّقْصِ مِن المُشْتَرِى وممَّن نَقَلَه إليه ، وحَقُّ البائعِ إنَّما يَتَعَلَّقُ بالعَيْنِ ما دامَتْ فى يَدِ المُشْتَرِى ، ولا يَزُولُ الضَّرَرُ عنه برَدِّه إلى البائعِ ، بدَلِيلِ ما لو باعَه المُشْتَرِى مِن بائِعِه ، أو وَهَبَه إيّاه ، أو أقالَه ، فإنَّه لا يَسْقُطُ حَقُّ الشَّفِيعِ . الوَجْهُ الثّالِثُ ، أنَّ الشَّفِيعَ إن كان طالَبَ بالشُّفْعَةِ ، فهو أحَقُّ ؛ لتأكُّدِ حَقِّه بالمُطالَبَةِ ، وإن لم يكُنْ طالَبَ ، فالبائِعُ أوْلَى . ولأصْحابِ الشافِعِىِّ وَجْهان ، كالأوَّلَيْن . ولهم وَجْهٌ ثالِثٌ ، أنَّ الثَّمَنَ يُؤْخَذُ مِن الشَّفِيعِ ، فيَخْتَصُّ به البائِعُ ، جَمْعًا بينَ الحَقَّيْن ، فإنَّ غَرَضَ الشَّفِيعِ فى عَيْنِ

الإنصاف ....

(1) فى م : « عن » .
(2) فى ق : « كذلك » .

الشرح الكبير

الشِّقْصِ المَشْفُوعِ ، وغَرَضَ البائِعِ فى ثَمَنِه ، فيَحْصُلُ ذلك بما ذَكَرْنا . وليس هذا جَيِّدًا ؛ لأنَّ حَقَّ البائِعِ إنَّما يَثْبُتُ فى العَيْنِ [1] ، فإذا صار الأمْرُ إلى وجُوبِ الثَّمَنِ تَعَلَّقَ بذِمَّتِه ، فساوَى الغُرَماءَ فيه .

فصل : فإن كان المَبِيعُ عَبْدًا ، فأفْلَسَ المُشْتَرِى بعدَ تَعَلُّقِ أَرْشِ الجِنايَةِ برَقَبَتِه ، ففيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، ليس للبائِعِ [٤/١٠٥ظ] الرُّجُوعُ ؛ لأنَّ تَعَلُّقَ الرَّهْنِ به يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ، وأَرْشُ الجِنايَةِ يُقَدَّمُ على حَقِّ المُرْتَهِنِ ، فأوْلَى أن يَمْنَعَ . وهذا ذَكَرَه أبو الخَطّابِ . والثانى ، لا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّه حَقٌّ لا يَمْنَعُ تَصَرُّفَ المُشْتَرِى فيه ، بخِلافِ الرَّهْنِ . فإن قُلْنا : لا يَرْجِعُ . فحُكْمُه حُكْمُ الرَّهْنِ . وإن قُلْنا : له الرُّجُوعُ . فهو مُخَيَّرٌ ، إن شاء رَجَع فيه ناقِصًا بأَرْشِ الجِنايَةِ ، وإن شاء ضَرَب بثَمَنِه مع الغُرَماءِ . وإن أبْرَأَ الغَرِيمَ مِن الجِنايَةِ ، فللبائِعِ الرُّجُوعُ ؛ لأنَّه وَجَد مَتاعَه بعَيْنِه خالِيًا مِن تَعَلُّقِ حَقِّ غيرِه به .

فصل : فإن أفْلَسَ بعدَ خُرُوجِ المَبِيعِ مِن مِلْكِه ؛ ببَيْعٍ ، أو عِتْقٍ ، أو وَقْفٍ ، أو غيرِ ذلك ، لم يَكُنْ للبائِعِ الرُّجُوعُ ؛ لأنَّه لم يُدْرِكْ مَتاعَه بعَيْنِه عندَ المُفْلِسِ ، سَواءٌ كان المُشْتَرِى يُمْكِنُه اسْتِرْجاعُ المَبِيعِ بخِيارٍ له ، أو عَيْبٍ فى ثَمَنِه ، أو رُجُوعِه فى هِبَةِ وَلَدِه ، أو غيرِ ذلك ؛ لِما ذَكَرْنا . فإن أفْلَسَ بعدَ رُجُوعِ ذلك إلى مِلْكِه ففيه أوْجُهٌ ثَلاثَةٌ ؛ أحَدُها ، له

الإنصاف ....

(١) فى الأصل : « المبيعين » .

المقنع

وَلَمْ تَزِدْ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً ، كَالسِّمَنِ ، وَتَعَلُّمِ صَنْعَةٍ . وَعَنْهُ ، أَنَّ الزِّيَادَةَ لَا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ .

الشرح الكبير

الرُّجُوعُ ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّه أدْرَكَ عَيْنَ مالِه خالِيًا عن حَقِّ غيرِه ، أشْبَهَ ما لو لم يَبِعْه . الثانِى ، لا يَرْجِعُ ؛ لأنَّ هذا المِلْكَ لم يَنْتَقِلْ إليه منه ، فلم يَمْلِكْ فَسْخَه . ذَكَر أصْحابُنا الوَجْهَيْنِ . ولأصْحابِ الشافعىِّ مِثْلُ ذلك . والثّالِثُ ، أنَّه إن عاد إليه بسَبَبٍ جَدِيدٍ ؛ كبَيْعٍ ، أو هِبَةٍ ، أو إرْثٍ ، أو وَصِيَّةٍ ، لم يَكُنْ للبائِعِ الرُّجُوعُ ؛ لأنَّه لم يَصِلْ إليه مِن جِهَتِه . وإن عاد إليه بفَسْخٍ ؛ كالإقالَةِ ، والرَّدِّ بعَيْبٍ أو خِيارٍ ، ونحوِه ، فللبائِعِ الرُّجُوعُ ؛ لأنَّ هذا المِلْكَ اسْتَنَدَ إلى السَّبَبِ الأوَّلِ ، فإنَّ فَسْخَ العَقْدِ الثانِى لا يَقْتَضِى ثُبُوتَ المِلْكِ ، وإنَّما أزال[1] السَّبَبَ المُزِيلَ لمِلْكِ البائِعِ ، فثَبَتَ المِلْكُ بالسَّبَبِ الأوَّلِ ، فمَلَكَ اسْتِرْجاعَ ما ثَبَت المِلْكُ فيه ببَيْعِه .

١٩١٥ – مسألة : (ولم تَزِدْ زِيادَةً مُتَّصِلَةً ، كالسِّمَنِ ، وتَعَلُّمِ صَنْعَةٍ) وهذا هو الشَّرْطُ الخامِسُ ، وهو أن لا يَكُونَ المَبِيعُ زاد زِيادَةً مُتَّصِلَةً ؛ كالسِّمَنِ ، والكِبَرِ ، وتَعَلُّمِ الكِتابَةِ ، أو القُرْآنِ ، ونحوِ ذلك ، فيَمْنَعُ الرُّجُوعَ . وهذا اخْتِيارُ الخِرَقِىِّ . و روَى المَيْمُونِىُّ عن أحمدَ ، أنَّها (لا تَمْنَعُ) . وهو مَذْهَبُ مالِكٍ ، والشافعىِّ ، [2]إلَّا أنَّ[2] مالِكًا يُخَيِّرُ الغُرَماءَ بينَ أن يُعْطُوه السِّلْعَةَ أو ثَمَنَها الذى باعَها به . واحْتَجُّوا بالخَبَرِ ،

الإنصاف

....

(١) فى م : « زال » .

(٢ – ٢) فى م : « لأن » .

الشرح الكبير

وبأنَّه فَسْخٌ لا تَمْنَعُ منه الزِّيادَةُ المُنْفَصِلَةُ، فلم تَمْنَعِ المُتَّصِلَةُ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ، وفارَقَ الطَّلاقَ، فإنَّه ليس بفَسْخٍ، ولأنَّ الزَّوْجَ يُمْكِنُه الرُّجُوعُ فى قِيمَةِ العَيْنِ، فيَصِلُ إلى حَقِّه تامًّا، وهٰهُنا لا يُمْكِنُه الرُّجُوعُ فى الثَّمَنِ. ولَنا، أنَّه فَسْخٌ بسَبَبٍ حادِثٍ، فلم يَمْلِكْ به الرُّجُوعَ فى عَيْنِ المالِ الزّائِدَةِ زِيادَةً مُتَّصِلَةً، كفَسْخِ النِّكاحِ بالإِعْسارِ أو الرَّضاعِ، ولأنَّها زِيادَةٌ فى مِلْكِ المُفْلِسِ، فلم يَسْتَحِقَّ البائِعُ أخْذَها، كالمُنْفَصِلَةِ [٤/١٠٦و] وكالحاصِلِ بفِعْلِه، ولأنَّ النَّماءَ لم يَصِلْ إليه مِن البائِعِ، فلم يَسْتَحِقَّ أخْذَه منه، كغيرِه مِن أمْوالِه. وفارَقَ الرَّدَّ بالعَيْبِ لوَجْهَيْن؛ أحَدُهما، أنَّ الفَسْخَ فيه مِن المُشْتَرِى، فهو راضٍ بإسْقاطِ حَقِّه مِن الزِّيادَةِ وتَرْكِها للبائِعِ، بخِلافِ مسألَتِنا. الثانى، أنَّ الفَسْخَ لمَعْنًى قارَنَ العَقْدَ، وهو العَيْبُ القَدِيمُ، والفَسْخُ هٰهُنا بسَبَبٍ[1] حادِثٍ، فهو أشْبَهُ بفَسْخِ النِّكاحِ الذى لا يَسْتَحِقُّ به اسْتِرْجاعَ العَيْنِ الزّائِدَةِ. وقَوْلُهم: إنَّ الزَّوْجَ إنَّما لم يَرْجِعْ فى العَيْنِ لكَوْنِه يَنْدَفِعُ عنه الضَّرَرُ بالقِيمَةِ. لا يَصِحُّ، فإنَّ انْدِفاعَ الضَّرَرِ عنه بطَرِيقٍ آخَرَ لا يَمْنَعُه مِن أخْذِ حَقِّه مِن العينِ، ولأنَّه لو كان مُسْتَحِقًّا للزِّيادَةِ، لم يَسْقُطْ حقُّه منها بالقُدْرةِ على أخْذِ القِيمَةِ، كمُشْتَرِى المَعِيبِ. ثم كان يَنْبَغِى أن يَأْخُذَ قِيمَةَ العَيْنِ زائِدَةً؛ لكَوْنِ الزِّيادَةِ مُسْتَحَقَّةً له، فلَمّا لم يَكُنْ كذلك، عُلِمَ أنَّ المانِعَ مِن الرُّجُوعِ كَوْنُ الزِّيادَةِ للمرأةِ،

الإنصاف ....

(١) سقط من: م.

المقنع

فَأَمَّا الزِّيَادَةُ الْمُنْفَصِلَةُ ، وَالنَّقْصُ بِهُزَالٍ ، أَوْ نِسْيَانِ صَنْعَةٍ ، فَلَا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ، وَالزِّيَادَةُ لِلْمُفْلِسِ . وَعَنْهُ ، لِلْبَائِعِ .

الشرح الكبير

ولأنَّه لا يُمْكِنُ فَصْلُها ، فكذلك هـٰهُنا ، بل أَوْلَى ؛ فإنَّ الزِّيادَةَ هـٰهُنا يَتَعَلَّقُ بها حَقُّ المُفْلِسِ والغُرَماءِ ، فمَنْعُ المُشْتَرِى[1] مِن أَخْذِ زِيادَةٍ ليست له أَوْلَى مِن تَفْوِيتِها على الغُرَماءِ الذين لم يَصِلُوا إلى تَمامِ حُقُوقِهم ، والمُفْلِسِ المُحْتاجِ إلى تَبْرِئَةِ ذِمَّتِه عندَ اشْتِدادِ حاجَتِه . وأمّا الخَبَرُ ، فمَحْمُولٌ على مَن وَجَد مَتاعَه على صِفَتِه ليس بزائِدٍ ، ولم يَتَعَلَّقْ به حَقٌّ آخَرُ ، وهـٰهُنا قد تَعَلَّقَتْ به حُقُوقُ الغُرَماءِ ؛ لِما فيه مِن الزِّيادَةِ ، لِما ذَكَرْنا مِن الدَّلِيلِ . يُحَقِّقُه أنَّه إذا كان تَلَفُ بعضِ المَبِيعِ مانِعًا[2] مِن الرُّجُوعِ مِن غيرِ ضَرَرٍ يَلْحَقُ بالمُفْلِسِ ولا الغُرَماءِ ، فلأن تَمْنَعَ الزِّيادَةُ فيه مع تَفْوِيتِها بالرُّجُوعِ عليهم أَوْلَى ، ولأنَّه إذا رَجَع فى النّاقِصِ ، فما رَجَع إلَّا فيما باعَه وخَرَج منه ، فإذا رَجَع فى الزّائِدِ ، أخَذَ ما لم يَبِعْه ، واسْتَرْجَعَ ما لم يَخْرُجْ عنه ، فكان بالمَنْعِ أَحَقُّ .

١٩١٦ – مسألة : (فأمَّا الزِّيادَةُ المُنْفَصِلَةُ ، والنَّقْصُ بهُزالٍ ، أو نِسْيانِ صَنْعَةٍ ، فلا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ، والزِّيادَةُ للمُفْلِسِ . وعنه ، للبائِعِ) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ الزِّيادَةَ المُنْفَصِلَةَ ؛ كالوَلَدِ ، والثَّمَرَةِ ، والكَسْبِ ، لا

الإنصاف

قوله : فأمَّا الزِّيادَةُ المُنْفَصِلَةُ ، فلا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . قال المُصَنِّفُ ، والشّارِحُ : لا تَمْنَعُ الرُّجوعَ ،

(١) فى م : « البائع » .

(٢) بعده فى ق ، م : « له » .

الشرح الكبير

تَمْنَعُ الرُّجُوعَ ، بغيرِ خِلافٍ بينَ أصْحَابِنا . وهو قولُ مالِكٍ ، والشافعىِّ . وسَواءٌ نَقَص بها المَبِيعُ ، أو لم يَنْقُصْ ، إذا كان نَقْصَ صِفَةٍ . والزِّيادَةُ للمُفْلِسِ . وهذا ظاهِرُ كَلامِ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّه مَنَع الرُّجُوعَ بالزِّيادَةِ المُتَّصِلَةِ ؛ لكَوْنِها للمُفْلِسِ ، فالمُنْفَصِلَةُ أوْلَى . وهو قولُ ابنِ حامِدٍ ، والقاضى ، و[1] مَذْهَبُ الشّافعىِّ . وهو الصَّحِيحُ إن شاء اللهُ تعالى . وقال أبو بكرٍ : الزِّيادَةُ للبائِعِ . وهو مَذْهَبُ مالِكٍ . ونَقَل حَنْبَلٌ عن أحمدَ ، فى وَلَدِ الجارِيَةِ ، ونِتاجِ الدّابَّةِ ، هو للبائِعِ ؛ لأنَّها زِيادَةٌ ، فكانت للبائِعِ ، كالمُتَّصِلَةِ . ولَنا ، أنَّها زِيادَةٌ [٤/١٠٦ظ] فى مِلْكِ المُشْتَرِى ، فكانت له ، كما لو رَدَّه بعَيْبٍ ، ولأنَّه فَسْخٌ اسْتَحَقَّ به اسْتِرْجاعَ العَيْنِ ، فلم يَسْتَحِقَّ أخْذَ[2] الزِّيادَةِ المُنْفَصِلَةِ ؛ كفَسْخِ البَيْعِ بالعَيْبِ أو الخِيارِ ، والإقالَةِ ، وفَسْخِ النِّكاحِ بسَبَبٍ مِن أسْبابِ الفَسْخِ ، ولأنَّ قولَ النبىِّ ﷺ : « الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ »[3] . يَدُلُّ على أنَّ النَّماءَ والغَلَّةَ

الإنصاف

بغيرِ خِلافٍ بينَ أصحابِنا . وذكَر فى « الإرْشادِ » ، و « التَّبْصِرَةِ » ، و « المُوجَزِ » ، فى مَنْعِ المُنْفَصِلَةِ مِنَ الرُّجوعِ ، رِوايتَيْن . وعندَ ابنِ أبى مُوسى ، يَمْنَعُ الوَلَدُ الرُّجوعَ فى أُمِّه .

فائدة : لو كان حَمْلًا عندَ البَيْعِ ، أو عندَ الرُّجوعِ ، فوَجْهان . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » . قال فى « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : إنْ كان حَمْلًا عندَ

---

(١) فى م : « وهو » .
(٢) سقط من : م .
(٣) تقدم تخريجه فى ١٠/٢٨٤ .

الشرح الكبير

للمُشْتَرِى ؛ لكَوْنِ الضَّمانِ عليه . وقِياسُهم على الزِّيادَةِ المُتَّصِلَةِ ، الأَصْلُ فيه مَمْنُوعٌ ، ثم لو سُلِّمَ ثَمَّ ، فالفَرْقُ ظاهِرٌ ، فإنَّ المُتَّصِلَةَ تَتْبَعُ فى الفُسُوخِ والرَّدِّ بالعَيْبِ ، بخِلافِ المُنْفَصِلَةِ . قال شيخُنا[1] : ولا يَنْبَغِى أنْ يَقَع فى هذا خِلافٌ ؛ لظُهُورِه ، وكَلامُ أحمدَ فى رِوايَةِ حَنْبَلٍ ، يُحْمَلُ على أنه باعَهما فى حالِ حَمْلِهما ، فيَكُونان مَبِيعَين[2] ، ولهذا خَصَّ هذين بالذِّكْرِ دُونَ بَقِيَّةِ النَّماءِ .

فصل : فإن نَقَصَتْ مالِيَّةُ المَبِيعِ لذَهابِ صِفَةٍ ، مع بقاءِ عَيْنِه ، كعَبْدٍ هُزِل ، أو نَسِىَ صِناعَةً أو كِتابَةً ، أو كَبِر ، أو تَغَيَّرَ عَقْلُه ، أو كان ثَوْبًا فخَلَقَ ، لم يَمْنَعِ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّ فَقْدَ الصِّفَةِ لا يُخْرِجُه عن كَوْنِه عَيْنَ مالِه ، لكنَّه يَتَخَيَّرُ بينَ أخْذِه ناقِصًا بجَمِيعِ حَقِّه ، وبينَ أن يَضْرِبَ مع الغُرَماءِ بكمالِ ثَمَنِه ؛ لأنَّ الثَّمَنَ لا يَتَقَسَّطُ على صِفَةِ السِّلْعَةِ مِن سِمَنٍ أو هُزالٍ أو عِلْمٍ أو نحوِه ، فيَصِيرُ كنَقْصِه لتَغَيُّرِ الأسْعارِ . ولو كان المَبِيعُ أمَةً ثَيِّبًا ، فوَطِئَها المُشْتَرِى و لم تَحْمِلْ ، فله الرُّجُوعُ فيها ؛ لِما ذَكَرْنا ، فإنَّها لم تَنْقُصْ

الإنصاف

البَيْعِ والرُّجوعِ ، لم يَمْنَعِ الرُّجوعَ ، كالسِّمَنِ . وإنْ كان حَمْلًا عندَ البَيْعِ ، مُنْفَصِلًا عندَ الرُّجوعِ ، فوَجْهان . وأطْلَقهما فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » . ومع الرُّجوعِ لا أَرْشَ ، على الأظْهَرِ . وإنْ كانتْ حائلًا عندَ البَيْعِ ، حامِلًا [٢/ ١٣٧ظ] عندَ الرُّجوعِ ، فقال فى « الكُبْرَى » :

---

(١) فى : المغنى ٥٥١/٦ .

(٢) فى م : « بسببين » .

الشرح الكبير

فى ذاتٍ ولا صِفاتٍ . وإن كانت بِكْرًا ، فقال القاضى : له الرُّجُوعُ ؛ لأنَّه فَقْدُ صِفَةٍ ، فإنَّه لم يَذْهَبْ منها جُزْءٌ ، وإنَّما هو كالجِراحِ[1] . وقال أبو بكرٍ : ليس له الرُّجُوعُ ؛ لأنَّه أذْهَبَ منها جُزْءًا ، فأشْبَهَ ما لو فَقَأَ عَيْنَها . وإن وُجِد الوَطْءُ مِن غيرِ المُفْلِسِ ، فهو كوَطْءِ المُفْلِسِ فيما ذَكَرْنا .

فصل : وإن جُرِح العَبْدُ ، أو شُجَّ ، فعلى قولِ أبى بكرٍ ، لا يَرْجِعُ ؛ لأنَّه ذَهَب جُزْءٌ يَنْقُصُ به الثَّمنُ ، أشْبَهَ ما لو فُقِئَتْ عَيْنُ العَبْدِ ، ولأنَّه ذَهَب مِن العَيْنِ جُزْءٌ له بَدَلٌ ، فمنَعَ الرُّجُوعَ ، كما لو قُطِعَتْ يَدُ العَبْدِ ، ولأنَّه لو كان نَقْصَ صِفَةٍ مُجَرَّدَةٍ لم يَكُنْ مع الرُّجُوعِ فيها شئٌ سِواه ، كما ذَكَرْنا فى هُزالِ العَبْدِ ونِسْيانِ الصَّنْعَةِ ، وهٰهُنا بخِلافِه ، ولأنَّ الرُّجُوعَ فى المَحَلِّ المَنْصُوصِ عليه يَقْطَعُ النِّزاعَ ويُزِيلُ المُعامَلَةَ بينهما ، فلا يَثْبُتُ فى مَحَلٍّ

الإنصاف

فوَجْهان . وقال فى « التَّلْخيصِ » : هو كالسِّمَنِ ، والأظْهَرُ ، يَتْبَعُ فى الرُّجوعِ كالبَيْعِ . انتهى . وقال المُصَنِّفُ : قال القاضى : إنِ اشْتَراها حامِلًا ، وأفْلَسَ بعدَ وَضْعِها ، فله الرُّجوعُ فيهما مُطْلَقًا . قال المُصَنِّفُ : والصَّحيحُ أنَّا إذا قُلْنا : لا حُكْمَ للحَمْلِ . فهو زِيادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ . وإنْ قُلْنا : له حُكْمٌ . وهو الصَّحيحُ ، فإنْ كان هو والأُمُّ قد زادا بالوَضْعِ ، فزِيادَةٌ مُتَّصِلَةٌ ، وإنْ لم يَزِيدا ، جازَ الرُّجوعُ فيهما . وإنْ زادَ أحدُهما دُونَ الآخَرِ ، خُرِّجَ على الرِّوايتَيْن فيما إذا كان المَبيعُ عَيْنَيْن تَلِفَ بعضُ أحدِهما ، على ما تقدَّمَ . وإنْ كانتْ عندَ البَيْعِ حائلًا ، وحامِلًا عندَ الرُّجوعِ ، وزادَتْ قِيمَتُها ، فزِيادَةٌ مُتَّصِلَةٌ ، وإنْ أفْلَسَ بعدَ الوَضْعِ ، فزِيادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ . وقال

(1) فى ر ١ ، ر ، ق : « كالخراج » .

الشرح الكبير

لا يَثْبُتُ به هذا المَقْصُودُ . وقال القاضى : قِياسُ المَذْهَبِ أنَّ له الرُّجُوعَ ؛ لأنَّه فَقْدُ صِفَةٍ ، فأشْبَهَ نِسْيانَ الصَّنْعَةِ واسْتِخْلاقَ الثَّوْبِ . فإذا رَجَع ، نَظَرْنَا فى الجَرْحِ ؛ فإن كان ممّا لا أَرْشَ له ؛ كالحاصِلِ بفِعْلِ اللهِ تعالى ، أو فِعْلِ بَهِيمَةٍ ، أو جِنايَةِ المُفْلِسِ ، أو جِنايَةِ عَبْدِه ، أو جِنايَةِ العَبْدِ على نَفْسِه ، فليس له مع الرُّجُوعِ أَرْشٌ . وإن كان الجَرْحُ مُوجِبًا لأَرْشٍ ، كجِنايَةِ الأَجْنَبِىِّ [٤/١٠٧و] فللبائِعِ إذا رَجَع أن يَضْرِبَ مع الغُرَماءِ بحِصَّةِ ما نَقَص مِن الثَّمَنِ ، فيَنْظُرُ كم نَقَص مِن قِيمَتِه ، فيَرْجِعُ بقِسْطِ ذلك مِن الثَّمَنِ ؛ لأنَّه مَضْمُونٌ على المُشْتَرِى للبائِعِ بالثَّمَنِ . فإن قِيلَ : فهلَّا جَعَلْتُم له الأَرْشَ الذى وَجَب على الأَجْنَبِىِّ ؛ لأنَّه لو لم يَجِبْ به أَرْشٌ ، لم يَرْجِعْ بشىءٍ ، فلا يَجُوزُ أن يَرْجِعَ بأكْثَرَ مِن الأَرْشِ . قُلْنا : لَمّا أتْلَفَه الأَجْنَبِىُّ ، صار مَضْمُونًا بإتْلافِه للمُفْلِسِ ، فكان الأَرْشُ له ، وهو مَضْمُونٌ على المُفْلِسِ للبائِعِ بالثَّمَنِ ، فلا يَجُوزُ أنْ يَضْمَنَه بالأَرْشِ ، وإذا لم يُتْلِفْه أجْنَبِىٌّ ، لم يَكُنْ مَضْمُونًا ، فلم يَجِبْ بفَواتِه شىءٌ . فإنْ قِيلَ : فهلَّا كان هذا الأَرْشُ للمُشْتَرِى ، ككَسْبِه ، لا يَضْمَنُه للبائِعِ ؟ قُلْنا : الْكَسْبُ بَدَلُ مَنافِعِه ، ومَنافِعُه مَمْلُوكَةٌ للمُشْتَرِى بغيرِ عِوَضٍ ، وهذا بَدَلُ جُزْءٍ مِن العَيْنِ ، والعَيْنُ جَمِيعُها مَضْمُونَةٌ بالعِوَضِ ، فلهذا ضَمِن ذلك للمُشْتَرِى .

الإنصاف

القاضى : إنْ وجَدَها حامِلًا ، انْبَنَى على أنَّ الحَمْلَ ، هل له حُكْمٌ ، فيكونُ زِيادَةً مُنْفَصِلَةً ، يتَرَبَّصُ به حتى تضَعَ ، أوْ لا حُكْمَ له ، كزِيادَةٍ مُتَّصِلَةٍ ؟ انتهى كلامُ المُصَنِّفِ مُلَخَّصًا .

الشرح الكبير

فصل : فإنِ اشْتَرَى زَيْتًا فخَلَطَه بزَيْتٍ آخَرَ ، أو قَمْحًا فخَلَطَه بما لا يُمْكِنُ تَمْيِيزُه منه ، سَقَط حَقُّ الرُّجُوعِ . وقال مالكٌ : يَأْخُذُ أَرْشَه . وقال الشافعيُّ : إن خَلَطَه بمِثْلِه أو دُونِه ، لم يَسْقُطِ الرُّجُوعُ ، وله أن يَأْخُذَ مَتاعَه بالكَيْلِ أو الوَزْنِ . وإن خَلَطَه بأجْوَدَ منه ، ففيه قَوْلان ؛ أحَدُهما ، يَسْقُطُ حَقُّه . قال الشافعيُّ : وبه أقولُ . واحْتَجُّوا بأنَّ عَيْنَ مالِه مَوْجُودَةٌ مِن طَرِيقِ الحُكْمِ ، فكان له الرُّجُوعُ ، كما لو كانت مُنْفَرِدَةً ، ولأنَّه ليس فيه[1] أكْثَرُ مِن اخْتِلاطِ مالِه بغيرِه ، فلم يمْنَعِ الرُّجُوعَ ، كما لو اشْتَرَى ثَوْبًا فصَبَغَه ، أو سَوِيقًا فَلَتَّه . ولَنا ، أنَّه لم يَجِدْ عَيْنَ مالِه ، فلم يَكُنْ له الرُّجُوعُ ، كما لو تَلِفَتْ ، ولأنَّ ما يَأْخُذُه [2]مِن غيرِ مالِه ، إنَّما يَأْخُذُه[2] عِوَضًا عن مالِه ، فلم يَخْتَصَّ به دُونَ الغُرَماءِ ، كما لو تَلِفَ مالُه . وقولُ النبيِّ ﷺ : « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِه »[3] . أى مَن قَدَر عليه وتَمَكَّنَ مِن أخْذِه مِن المُفْلِسِ ،

الإنصاف

قوله : والزِّيادَةُ للمُفْلِسِ . هذا ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ ، واخْتِيارُ ابنِ حامِدٍ ، والقاضى ، فى « رِوايَتَيْه » ، و « المُجَرَّدِ » ، والشَّريفِ ، وأبى الخَطَّابِ فى « خِلَافَيْهِما » ، وابنِ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » ، والمُصَنِّفِ . وقال : لا يَنْبَغِى أنْ يكونَ فيه خِلافٌ . قال فى « الكافِى » : هذا ظاهِرُ المذهبِ . قال الشَّارِحُ : هذا أصحُّ ، إنْ شاءَ اللهُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وعنه ، أنَّها للبائعِ . وهى المذهبُ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ ، والقاضى فى « الجامِعِ » ، و « الخِلافِ » ، وابنُ عَقِيلٍ . وجزَم

---

(١) فى م : « له » .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٥٥ .

المقنع

وَإِنْ صَبَغَ الثَّوْبَ أَوْ قَصَرَهُ ، لَمْ يُمْنَعِ الرُّجُوعَ ، والزِّيَادَةُ

الشرح الكبير

بدَلِيلِ ما لو وَجدَه بعدَ زَوالِ مِلْكِ الْمُفلِسِ عنه ، أو كان مَسامِيرَ قد سَمَّرَ بها بابًا ، أو حَجَرًا قد بَنَى عليه ، أو خَشَبًا فى سَقْفِه ، أو أمَةً اسْتَوْلَدَها ، وهذا إذا أخذَ[1] مِثْلَه أو قِيمَتَه ، إنَّما يَأْخُذُ عِوَضَ مالِه ، فهو كالثَّمَنِ والقِيمَةِ . وفارَقَ المَصْبُوغَ ، فإنَّ عَيْنَه يُمْكِنُه أخْذُها ، والسَّوِيقُ كذلك ، فاخْتَلَفا .

١٩١٧ – مسألة : (وإن صَبَغ الثَّوْبَ أو قَصَرَه[2] ، لم يُمْنَعِ

الإنصاف

به فى « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الآدَمِيِّ » . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْـن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وهو ظاهِرُ ما قدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » . وأطْلَقهما الزَّرْكَشِىُّ . ويأْتِى نَظِيرُ ذلك فى الهِبَةِ واللُّقَطَةِ . فعلى الأوَّلِ ، إذا كانتِ الزِّيادَةُ المُنْفَصِلَةُ وَلَدًا صَغِيرًا ، أُجْبِرَ البائعُ على بَذْلِ قِيمَتِه . وكذا إنْ كان كَبِيرًا ، وقُلْنا : يَحْرُمُ التَّفْرِيقُ . فإنْ أبَى ، بطَلَ الرُّجوعُ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن . وفى الآخَرِ ، يُباعَان ، ويُصْرَفُ إليه ما خَصَّ الأُمَّ . قالَه فى « التَّلْخيصِ » . وقال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » : فلو كانتِ الزِّيادَةُ المُنْفَصِلَةُ وَلَدَ أمَةٍ ، فله أخْذُه بقِيمَتِه ، أو بَيْعُ الأُمِّ معه ، وله قِيمَتُها ذاتَ وَلَدٍ بغيرِ وَلَدٍ . زادَ فى « الفائقِ » ، ويَحْتَمِلُ مَنْعُ الرُّجوعِ فى الأُمِّ . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وقيل : إنْ لم يَدْفَعْ قِيمَتَه ، فلا رُجوعَ .

قوله : وإنْ صبَغ الثَّوْبَ أو قصَرَه ، لم يُمْنَعِ الرُّجُوعَ ، والزِّيادَةُ للمُفْلِسِ . هذا

(١) فى الأصل : « وجد » .
(٢) قَصَرَ الثوبَ : دقَّه وبيَّضه .

المقنع لِلْمُفْلِسِ .

الشرح الكبير الرُّجُوعَ ، والزِّيادَةُ للمُفْلِسِ) إذا صَبَغ المُفْلِسُ الثَّوْبَ ، أو لَتَّ السَّوِيقَ بزَيْتٍ ، فقال أصْحابُنا : لبائِعِ الثَّوْبِ والسَّوِيقِ الرُّجُوعُ فى أعْيانِ أمْوالِهما . وهو مَذْهَبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّ عَيْنَ مالِهما قائِمَةٌ مُشاهَدَةٌ ما تَغَيَّرَ اسْمُها ، ويَكُونُ المُفْلِسُ شَرِيكًا لصاحِبِ الثَّوْبِ والسَّوِيقِ بما زاد عن قِيمَتِهما . فإن حَصَل زِيادَةٌ فهى له ، وإن حَصَل نَقْصٌ فعليه ، وإن نَقَصَتْ قِيمَةُ الثَّوْبِ أو السَّوِيقِ ، فإن شاء[1] البائِعُ أخَذَهما [٤/١٠٧ظ] ناقِصَيْن ولا شيءَ له ، وإن شاء تَرَكَهما وله أُسْوَةُ الْغُرَماءِ ؛ لأنَّ هذا نَقْصُ صِفَةٍ ، فهو كالهُزالِ . قال شيخُنا[2] : ويَحْتَمِلُ أن لا يَكُونَ له الرُّجُوعُ إذا زادَتِ القِيمَةُ ؛ لأنَّه اتَّصَلَ بالمَبِيعِ زِيادَةٌ للمُفْلِسِ ، فمَنَعَتِ الرُّجُوعَ ، كسِمَنِ العَبْدِ ، ولأنَّ الرُّجُوعَ لا يَتَخَلَّصُ به البائِعُ مِن المُفْلِسِ ، ولا يَحْصُلُ به المَقْصُودُ مِن قَطْعِ المُنازَعَةِ وإزالَةِ المُعامَلَةِ ، بل يَحْصُلُ له ضَرَرُ الشَّرِكَةِ ، فلم يَكُنْ فى مَعْنَى المَنْصُوصِ عليه ، فلا يُمْكِنُ إلْحاقُه به .

الإنصاف المذهبُ . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الكافِى » ، و « الوَجيزِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . واخْتارَه القاضى وغيرُه . قال صاحِبُ « التَّلْخيصِ » وغيرُه : هذا المذهبُ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : إذا صبَغ الثَّوْبَ ، أو لَتَّ السَّوِيقَ بزَيْتٍ ، فقال أصحابُنا : لبائعِ الثَّوْبِ والسَّوِيقِ الرُّجوعُ فى أعْيانِ أمْوالِهما . قال المُصَنِّفُ : ويَحْتَمِلُ أنْ لا يكونَ لهما

---

(١) فى الأصل : « سأل » .

(٢) فى : المغنى ٦/٥٤٧ .

الشرح الكبير

فصل : فإن قَصرَ الثَّوْبَ ، لم يَخلُ مِن حالَيْن ؛ أحَدُهما ، أن لا تَزِيدَ قِيمَتُه بذلك ، فللبائعِ الرُّجُوعُ فيه ؛ لأنَّ عَيْنَ مالِه قائِمَةٌ لم يَزُلِ اسْمُها ، ولم يَتْلَفْ بَعْضُها ، ولا اتَّصلَتْ بغيرِها ، فكان له الرُّجُوعُ ، كما لو عَلَّمَ العَبْدَ صِناعَةً لم تَزِدْ بها قِيمَتُه . وسَواءٌ نَقَصَتْ قِيمَتُه بذلك أو لم تَنْقُصْ ؛ لأنَّ ذلك النَّقْصَ نَقْصُ صِفَةٍ ، فلا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ، كنِسْيانِ صِناعَةٍ ، وهُزالِ العَبْدِ ، ولا شيءَ له مع الرُّجُوعِ . الثانى ، أن تَزِيدَ قِيمَتُه بذلك ، فليس لِلبائعِ الرُّجُوعُ ، فى قِياسِ قولِ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّه زاد زِيادَةً لا تَتَمَيَّزُ زِيادَتُها ، فلم يَمْلِكِ البائعُ الرُّجُوعَ فيه ، كسِمَنِ العَبْدِ ، ولأنَّه لم يَجِدْ عَيْنَ مالِه مُتَمَيِّزَةً عن غيرِها ، فلم يَمْلِكِ الرُّجُوعَ ، كبائعِ الصِّبْغِ إذا صُبِغ به . وقال القاضى وأصحابُه : له الرُّجُوعُ فيها ؛ لأنَّه أدْرَكَ مَتاعَه بعَيْنِه ، ولأنَّه وَجد عَيْنَ مالِه لم يَتَغَيَّرِ اسْمُها ، ولا ذَهَبَتْ عَيْنُها ، فمَلَكَ الرُّجُوعَ

الإنصاف

الرُّجوعُ إذا زادَتِ القِيمَةُ ، كسِمَنِ العَبْدِ . وقالا : وإنْ قَصرَ الثَّوْبَ ، فإنْ لم تَزِدْ قِيمَتُه ، فللبائعِ الرُّجوعُ فيه ، وإنْ زادَتْ ، فليس له الرُّجوعُ ، فى قِياسِ قَوْلِ الخِرَقِىِّ . وقال القاضى ، وأصحابُه : له الرُّجوعُ . انتهيا . وقال ابنُ أبِى مُوسى : إذا زادَتِ العَيْنُ بقِصارَةٍ ، أو صِناعَةٍ ، ونحوِهما ، امْتنَعَ الرُّجوعُ . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . وقال فى « الفُروعِ » : وإنْ صبغَه أو قصرَه ، فله أُسْوَةُ الغُرَماءِ فى وَجْهٍ فيهما ، كنَقْصِه بهما فى الأصحِّ . وقال فى « الفائقِ » : وإنْ صبَغَ الثَّوْب ، أو قصرَه ، لم يَمْنَعْ ، ويُشارِكه المُفْلِسُ فى الزِّيادَةِ . وقيل : لا رُجوعَ إنْ زادَتِ القِيمَةُ . وقال فى « المُسْتَوْعِبِ » : وإنْ كانتْ ثِيابًا ، فصبَغَها أو قَصرَها ، فذكَر ابنُ أبِى مُوسى ، أنَّه يكونُ أُسْوَةَ الغُرَماءِ . وقال القاضى : لا يَمْنَعُ الرُّجوعَ . وقال فى « الرِّعايَةِ

الشرح الكبير

فيها ، كما لو صَبَغَها . فعلى قَوْلِهم : إن كانَتِ القِصارَةُ بعَمَلِ المُفْلِسِ أو بأُجْرَةٍ وفّاها ، فهما شَريكان فى الثَّوْبِ ، فإذا كانت قِيمَةُ الثَّوْبِ خَمْسَةً ، فصار يُساوِى سِتَّةً ، فللمُفلِسِ سُدْسُه ، وللبائعِ خَمْسَةُ أسْداسِه . فإنِ اخْتارَ البائعُ دَفْعَ قِيمَةِ الزِّيادَةِ إلى المُفلِسِ ، لَزِمَه قَبُولُها ؛ لأنَّه يَتَخَلَّصُ بذلك مِن ضَرَرِ الشَّرِكَةِ مِن غيرِ مَضَرَّةٍ تَلْحَقُه ، فأشْبَهَ ما لو دَفَعَ الشَّفِيعُ قِيمَةَ البِناءِ إلى المُشْتَرِى ، وإن لم يَخْتَرْ ، بِيعَ الثَّوْبُ ، وأخَذَ كلٌّ واحِدٍ بقَدْرِ حَقِّه . وإن كان العَمَلُ مِن صانِعٍ لم يَسْتَوْفِ أجْرَه ، فله حَبْسُ الثَّوبِ على اسْتِيفاءِ أجْرِه . فإن كانَتِ الزِّيادَةُ بقَدْرِ الأَجْرِ ، دُفِعَتْ إليه ، وإن كانت أقلَّ ، فله حَبْسُ الثَّوبِ على اسْتِيفاءِ[1] قَدْرِ الزِّيادَةِ ، ويَضْرِبُ مع الغُرَماءِ بما بَقِىَ ، وإن كانت أكْثَرَ ، مِثْلَ أن تَكُونَ الزِّيادَةُ دِرْهَمَيْن ، والأجْرُ دِرْهَمٌ ، فله قَدْرُ أجْرِه ، وما فَضَلَ للغُرَماءِ .

الإنصاف

الكُبْرَى » : إنْ قصَر الثَّوْبَ ، وقُلْنا : يرْجِعُ فى الأقْيَسِ . فزادَتْ قِيمَتُه ، رجَع فيه ربُّه فى الأصحِّ ، والزِّيادَةُ للمُفْلِسِ فى الأقْيَسِ ، فله مِنَ الثَّوْبِ بِنِسْبَةِ ما زادَ مِن قِيمَتِه . وقيل : بل أُجْرَةُ القِصارَةِ ، إلَّا أنْ يَتْلَفَ بيَدِه ، فيَسْقُطَ . وقيل : القِصارَةُ كالسِّمَنِ ، وفى أُجْرَتِها وَجْهان . وإنْ لم تَزِدْ و لم تَنْقُصْ ، فله الرُّجوعُ ، أو يُشارِكُه الغُرَماءُ . وقال فى صَبْغِ الثَّوْبِ : وإنْ صبغَه ، فزادَتْ قِيمَتُه بقَدْرِ قِيمَةِ الصِّبْغِ ، رجَع البائعُ فى الأصحِّ ، وشارَكَ المُفْلِسَ فيه بقِيمَةِ صَبْغِه ، إلَّا أنْ يَدْفَعَها البائعُ ، فإنْ أبَى دَفْعَها ، أُجْبِرَ على بَيْعِ حقِّه . وإنْ نقَصَتْ عن قِيمَةِ الصِّبْغِ ، فالنَّقْصُ مِنَ المُفْلِسِ ، وإنْ زادَتْ قِيمَتُها ، فالزِّيادَةُ ، مع قِيمَةِ الصِّبْغِ ، له . وقيل : يَشْتَرِكان

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

فصل[1] : وإنِ اشْتَرَى صِبْغًا فصَبَغَ به ثَوْبًا ، أو زَيْتًا فلَتَّ به سَوِيقًا ، فبائِعُهما أُسْوَةُ الغُرَماءِ . وقال أصْحابُ الشافعىِّ : له الرُّجُوعُ ؛ لأنَّه وَجَد عَيْنَ مالِه . قالوا : ولو اشْتَرَى ثَوْبًا وصِبْغًا ، فصَبَغَ الثوبَ بالصِّبْغِ ، رَجَع بائِعُ كلِّ شىءٍ فى عَيْنِ مالِه ، وكان بائِعُ الصِّبْغِ شَرِيكًا لبائِعِ الثَّوبِ . وإن حَصَل نَقْصٌ ، فهو مِن صاحِبِ الصِّبْغِ ؛ لأنَّه الذى يَتفَرَّقُ ويَنْقُصُ ، والثَّوبُ بحالِه ، فإذا كانت قِيمَةُ الثَّوبِ عَشَرَةً وقِيمَةُ الصِّبْغِ خَمْسَةً ، فصارت قِيمَتُهما اثْنَىْ عَشَرَ ، كان لصاحِبِ الثَّوبِ خَمْسَةُ [١٠٨/٤و] أسْداسِ الثَّوبِ ، وللآخَرِ سُدْسُه ، ويَضْرِبُ مع الغُرَماءِ بما نَقَص ، وذلك ثَلاثَةُ دَراهِمَ . وذَكَرَ القاضى فى مَوْضِعٍ مِثْلَ هذا . ولَنا ، أنَّه لم يَجِدْ عَيْنَ مالِه ، فلم يَكُنْ له الرُّجُوعُ[2] ، كما لو تَلِف ، ولأنَّ المُشْتَرِىَ شَغَلَه بغيرِه على وَجْهِ البَيْعِ ، فلم يَمْلِكْ بائِعُه الرُّجُوعَ فيه ، كما لو كان حَجَرًا فبَنَى عليه ، أو مَسامِيرَ فسَمَّرَ بها بابًا . ولو اشْتَرَى ثَوْبًا وصِبْغًا مِن واحِدٍ ، فصَبَغَه به ، فقال أصْحابُنا : هو كما لو كان الصِّبْغُ مِن غيرِ بائِعِ الثَّوْبِ . فعلى

الإنصاف

منه بالنِّسْبَةِ . وإنْ لم تَزِدْ قِيمَتُه ، فلرَبِّه أخْذُه مجَّانًا ، أو يكونُ كالغُرَماءِ . وإنْ نقَصَتْ قِيمَتُه ، لم يَرْجِعْ فى الأقْيَسِ . انتهى .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو كانتِ السِّلْعَةُ صِبْغًا ، فصبَغ به ، أو زَيْتًا فلَتَّ به ، فلا رُجوعَ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفائقِ » : [١٣٨/٢و] فلا رُجوعَ

---

(١) سقط هذا الفصل من : ر ، ق .

(٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

قَوْلِهِم ، يَرْجِعُ فى الثَّوبِ وَحْدَه ، ويكونُ المُفْلِسُ شَرِيكًا له بزِيادَةِ الصِّبْغِ ، ويَضْرِبُ مع الغُرَماءِ بثَمَنِ الصِّبْغِ . ويَحْتَمِلُ أن يَرْجِعَ فيهما هٰهُنا ؛ لأنَّه وَجَد عَيْنَ مالِه مُتَمَيِّزًا عن غيرِه ، فكان له الرُّجُوعُ فيه ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّ المَعْنَى فى المَحَلِّ الذى ثَبَت فيه الرُّجُوعُ مَوْجُودٌ هٰهُنا ، فمَلَكَ الرُّجُوعَ به ، كما يَمْلِكُه ثَمَّ . ولو اشْتَرَى دُفُوفًا[1] ومَسامِيرَ مِن بائِعٍ واحِدٍ ، فسَمَّرَها به ، رَجَع بائِعُهما فيهما ؛ لذلك ، وكذلك ما أشْبَهَه .

فصل : ولو اشْتَرَى أمَةً حامِلًا ، ثم أفْلَسَ وهى حامِلٌ ، فله الرُّجُوعُ فيها ، إلَّا أن يكونَ الحَمْلُ قد زاد بكِبَرِه وكَثُرَتْ قِيمَتُها بسَبَبِه ، فيكونُ مِن قَبِيلِ الزِّيادَةِ المُتَّصِلَةِ ، على ما مَضَى . وإن أفْلَسَ بعدَ وَضْعِها ، فقال القاضى: له الرُّجُوعُ فيهما بكلِّ حالٍ مِن غيرِ تَفْصِيلٍ . قال شيخُنا[2]: والصَّحِيحُ أنَّنا إن قُلْنا : إنَّ الحَمْلَ لا حُكْمَ له . فالوَلَدُ زِيادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ لا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ فيهما[3] ، على قولِ أبى بكرٍ ؛ لأنَّ الزِّيادَةَ المُنْفَصِلَةَ عندَه

الإنصاف

فى الأصحِّ . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وجزَم به فى « الكافِى » وغيرِه . قال القاضى : له الرُّجوعُ . وجزَم فى « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهم ، بأنَّه إذا خلَطَه بمِثْلِه على وَجْهٍ لا يتَمَيَّزُ ، يَمْتَنِعُ الرُّجوعُ ، كخَلْطِ الزَّيْتِ والقَمْحِ ونحوِهما بمِثْلِه . الثَّانيةُ ، لو كان الثَّوْبُ والصِّبْغُ مِن واحِدٍ ، قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : قال أصحابُنا : هو كما لو كان الصِّبْغُ مِن غيرِ بائعِ

---

(١) كذا فى النسخ ، وفى المغنى ٦/٥٤٨ : « رفوفا » . ولعله الصواب .

(٢) فى : المغنى ٦/٥٥١ .

(٣) فى م : « فيها » .

الشرح الكبير

للبائعِ ، وهذه زِيادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ ، وعلى قولِ غيرِه يكونُ الوَلَدُ للمُفْلِسِ ، فيَحْتَمِلُ أن يَمْتَنِعَ الرُّجُوعُ فى الأُمِّ ؛ لِئَلَّا يُفْضِىَ إلى التَّفْرِيقِ بينَ الأُمِّ ووَلَدِها ، ويَحْتَمِلُ أن يَرْجِعَ فى الأُمِّ ويَدْفَعَ قيمَةَ الوَلدِ ؛ ليكونا جميعًا له . وإن لم يَفْعَلْ ، بِيعَتِ الأُمُّ وولدُها جميعًا ، وقُسِمَ الثَّمَنُ على قَدْرِ قِيمَتِهما ، فما خَصَّ الأُمَّ فهو للبائِعِ ، وما خَصَّ الوَلَدَ للمُفْلِسِ . وإن قُلْنا : إنَّ للوَلَدِ حُكْمًا . وهو الصَّحِيحُ ؛ لِما ذَكَرْناه فيما تَقَدَّمَ ، فإن[1] كانَتِ الأُمُّ والوَلَدُ قد زادا بالوَضْعِ ، فحُكْمُه حُكْمُ المَبيعِ الزّائِدِ زِيادَةً مُتَّصِلَةً . وإن لم يَزِيدا ، جاز الرُّجُوعُ فيهما . وإن زاد أحَدُهما دُونَ الآخرِ ، خُرِّجَ على الرِّوايتَيْن فيما إذا كان المَبِيعُ عَيْنَيْن فتَلِفَ بعضُ إحْداهما ، هل يَمْنَعُ ذلك الرُّجُوعَ فى الأُخْرَى ؟ كذلك يُخَرَّجُ هٰهُنا وَجْهان ؛ أحدُهما ، أنَّ له الرُّجُوعَ فيما لم يَزِدْ دُونَ ما زاد . فيَكُونُ حُكْمُه حُكْمَ الرُّجُوعِ فى الأُمِّ دُونَ الوَلَدِ ، على ما فَصَّلْناه . والثانى ، ليس له الرُّجُوعُ فى شيءٍ منهما ؛ لأنَّه لم يَجِدِ المَبيعَ إلَّا زائِدًا ، فأشْبَهَ العَيْنَ الواحِدَةَ . فإن كان المَبِيعُ حَيَوانًا [١٠٨/٤ظ] غيرَ الأمَةِ ، فحُكْمُه حُكْمُها ، إلَّا فى التَّفْرِيقِ بينَهما ، فإنَّه جائِزٌ ، بخِلافِ الأمَةِ .

الإنصاف

الثَّوْبِ . فعلى قوْلِهم ، يَرْجِعُ فى الثَّوْبِ وحدَه ، ويكونُ المُفْلِسُ شَرِيكًا بزِيادَةِ الصَّبْغِ ، ويَضْرِبُ مع الغُرَماءِ بثَمَنِ الصَّبْغِ . قال : ويَحْتَمِلُ أنْ يَرْجِعَ فيهما ههنا ، كما لوِ اشْتَرَى دُفوفًا[2] ومَسامِيرَ مِن واحدٍ ، فسَمَرَها بها ، فإنَّه يَرْجِعُ فيهما .

---

(١) سقط من : م .
(٢) كذا بالنسخ .

الشرح الكبير

فصل : فإنِ اشْتَرَى حائِلًا ، فحَمَلَتْ ، ثم أفْلَسَ وهى حامِلٌ ، فزادت قِيمَتُها به ، فهى زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ تَمْنَعُ الرُّجُوعَ ، علَى قولِ الخِرَقِىِّ ، ولا تَمْنَعُه ، على رِوايَةِ المَيْمُونِىِّ . وإن أفْلَسَ بعدَ وَضْعِها ، فهى زِيادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ ، فتكونُ للمُفْلِسِ ، على الصَّحِيحِ . ويَمْتَنِعُ[1] الرُّجُوعُ فى الأُمِّ دُونَ وَلَدِها ؛ لِما فيه مِن التَّفْرِيقِ بينَهما . وهذا أحَدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ . ويَحْتَمِلُ أن يَرْجِعَ فى الأُمِّ ، علىَ ما ذَكَرْنا فى التى قبلَها . وعلى قولِ أبى بكرٍ ، الزِّيادَةُ للبائِعِ ، فيكونُ له الرُّجُوعُ فيهما . وقال القاضى : إذا وَجَدَها حامِلًا ، انْبَنَى على أنَّ الحَمْلَ هل له حُكْمٌ أو لا ؟ فإن قُلْنا : لا حُكْمَ له . جَرَى مَجْرَى الزِّيَادَةِ المُتَّصِلَةِ . وإن قُلْنا : له حُكْمٌ . فالوَلَدُ فى حُكْمِ المُنْفَصِلِ ، تَتَرَبَّصُ به حتى تَضَعَ ، ويكونُ الحُكْمُ فيه كما لو وَجَدَه بعدَ وَضْعِه . وإن كان الحَمْلُ فى غيرِ الآدَمِيَّةِ ، جاز التَّفْرِيقُ بينَهما ، كما تَقَدَّمَ .

فصل : فإن كان المَبِيعُ نَخْلًا أو شَجَرًا ، فأفْلَسَ المُشْتَرِى ، لم يَخْلُ مِن أرْبَعَةِ أحْوالٍ ؛ أحَدُها ، أن يُفْلِسَ وهى بحالِها ، لم تَزِدْ ولم تُثْمِرْ ولم يَتْلَفْ بَعْضُها ، فله الرُّجُوعُ فيها . الثانِى ، أن يكونَ فيها ثَمَرٌ ظاهِرٌ ، أو طَلْعٌ مُؤَبَّرٌ، فيَشْتَرِطَه المُشْتَرِى فيأكُلَه أو يَتَصَرَّفَ فيه، أو يَذْهَبَ بجائِحَةٍ، ثم يُفْلِسَ ، فهذا فى حُكْمِ ما لو اشْتَرَى عَيْنَيْن فتَلِفَتْ إحْداهما ثم أفْلَسَ ،

الإنصاف ....

(١) فى م : « تمنع » .

الشرح الكبير

فهل للبائعِ الرُّجوعُ فى الأُصولِ ويَضْرِبُ مع الغُرَماءِ بحِصَّةِ التّالفِ مِن الثَّمرِ ؟ على رِوايَتَيْن . وإنْ تَلِف بَعْضُها ، فهو كتَلَفِ جَمِيعِها . وإن زادت أو بَدا صَلاحُها ، فهذه زِيادَةٌ مُتَّصِلَةٌ فى إحْدَى العَيْنَيْن ، وقد ذَكَرْنا بيانَ حُكْمِها . الحالُ الثالثُ ، أن يَبِيعَه نَخْلًا قد أطْلَعَتْ و لم تُؤَبَّرْ ، أو شَجَرًا فيه ثَمَرَةٌ لم تَظْهَرْ ، فهذه تَدْخُلُ فى مُطْلَقِ البَيْعِ . فإن أفْلَسَ بعدَ تَلَفِ الثَّمَرَةِ أو بَعْضِها أو الزِّيادَةِ فيها أو بُدُوِّ صَلاحٍ ، فحُكْمُ ذلك حُكْمُ تَلَفِ بعضِ المَبِيعِ وزِيادَتِه المُتَّصِلَةِ ؛ لأنَّ المَبِيعَ كان بمَنْزِلَةِ العَيْنِ الواحِدَةِ ، ولهذا دَخَل الثَّمَرُ فى مُطْلَقِ البَيْعِ ، بخِلافِ التى قبلَها . الحالُ الرابعُ ، باعَه نَخْلًا حائِلًا فأطْلَعَتْ ، أو شَجَرًا فأثْمَرَ ، فذلك على أرْبَعَةِ أضْرُبٍ ؛ أحَدُها ، أن يُفْلِسَ قبلَ تَأْبِيرِها ، فالطَّلْعُ زِيادَةٌ مُتَّصِلَةٌ تَمْنَعُ الرُّجُوعَ . وهو اخْتِيارُ الخِرَقِيِّ ، كالسِّمَنِ . ويَحْتَمِلُ أنْ يَرْجِعَ فى النَّخْلِ دُونَ الطَّلْعِ ؛ لأنَّه يُمْكِنُ فَصْلُه ، ويَصِحُّ إفْرادُه بالبَيْعِ ، فهو كالمُؤَبَّرِ ، بخِلافِ السِّمَنِ . وهذا قولُ ابنِ حامِدٍ . وعلى رِوايَةِ المَيْمُونِيِّ ، لا يَمْنَعُ ، بل يَرْجِعُ ، ويكونُ الطَّلْعُ للبائِعِ ، كما لو [٤/١٠٩و] فُسِخَ بعَيْبٍ[1] . وهو أحَدُ قَوْلَىِ الشافعيِّ . والقولُ الثانِى ، يَرْجِعُ فى الأصْلِ دُونَ الطَّلْعِ ، وكذلك عندَهم الرَّدُّ بالعَيْبِ ، والأخْذُ بالشُّفْعَةِ . الضَّرْبُ الثانى ، أفْلَسَ بعدَ التَّأْبِيرِ وظُهُورِ الثَّمَرَةِ ، فلا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ، والطَّلْعُ للمُشْتَرِى ، إلَّا على قولِ أبى بكرٍ .

(١) فى م : « العيب » .

الشرح الكبير

والصَّحِيحُ الأوَّلُ ؛ لأنَّ الثَّمَرَةَ لا تَتْبَعُ فى البَيْعِ الذى يَثْبُتُ بتَراضِيهما ، ففى الفَسْخِ الحاصِلِ بغيرِ رِضا المُشْتَرِى أوْلَى . ولو باعَهُ أرْضًا فارِغَةً ، فزَرَعَها المُشْتَرِى ثم أفْلَسَ ، فإنَّه يَرْجِعُ فى الأرْضِ دُونَ الزَّرْعِ ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّ ذلك مِن مالِ المُشْتَرِى . الضَّرْبُ الثّالِثُ ، أفْلَسَ والطَّلْعُ غيرُ مُؤَبَّرٍ ، فلم يَرْجِعْ حتى أُبِّرَ ، لم يَكُنْ له الرُّجُوعُ فيه ، كما لو أفْلَسَ بعدَ التَّأْبِيرِ ؛ لأنَّ العَيْنَ لا تَنْتَقِلُ إلَّا باخْتِيَارِه ، وهذا لم يَخْتَرْها إلَّا بعدَ تَأْبِيرِها . فإنِ ادَّعَى البائِعُ الرُّجُوعَ قبلَ التَّأْبِيرِ ، وأنْكَرَ المُفْلِسُ ، فالقولُ قولُ المُفْلِسِ مع يَمِينِه ؛ لأنَّ الأصْلَ بقاءُ مِلْكِه . وإن قال البائِعُ : بِعْتُ بعدَ التَّأْبِيرِ . وقال المُفْلِسُ : بل قبلَه . فالقول قولُ البائِعِ ؛ لهذه العِلَّةِ . فإن شَهِد الغُرَماءُ للمُفْلِسِ ، لم تُقْبَلْ شَهادَتُهم ؛ لأنَّهم يَجُرُّونَ إلى أنْفُسِهِم نَفْعًا . وإن شَهِدُوا للبائِعِ وهم عُدُولٌ قُبِلَتْ شَهادَتُهم ؛ لعَدَمِ التُّهْمَةِ فى حَقِّهم . الضَّرْبُ الرّابِعُ ، أفْلَسَ بعدَ أخْذِ الثَّمَرَةِ[1] أو ذَهابِها بجائِحَةٍ أو غيرِها ، فله الرُّجُوعُ فى الأصْلِ ، والثَّمَرَةُ للمُشْتَرِى ، إلَّا على قولِ أبى بكْرٍ . وكُلُّ مَوْضِعٍ لا يَتْبَعُ الثَّمَرُ الشَّجَرَ إذا رَجَع البائِعُ فيه ، فليس له مُطالَبَةُ المُفْلِسِ بقَطْعِ الثَّمَرَةِ قبلَ أوانِ الجذاذِ . وكذلك إذا رَجَع فى الأرْضِ وفيها زَرْعٌ للمُفْلِسِ ، فليس له المُطالَبَةُ بأخْذِه قبلَ أوانِ الحَصادِ ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ زَرَع فى أرْضِه بحَقٍّ ، وطَلْعُه على الشَّجَرِ بحَقٍّ ، فلم يَلْزَمْه أخْذُه قبلَ كَمالِه ، كما لو باعَ الأصْلَ وعليه الثَّمَرَةُ ، أو الأرْضَ وفيها زَرْعٌ .

(١) فى م : « الثمن » .

الشرح الكبير

وليس على صاحِبِ الزَّرْعِ أجْرٌ ؛ لأنَّه زَرَع فى أرْضِه زَرْعًا يَجبُ تَبْقِيَتُه ، فكأنَّه اسْتَوْفَى مَنْفَعَةَ الأرْضِ ، فلم يَكُنْ عليه ضَمانُ ذلك . إذا ثَبَت هذا ، فإنِ اتَّفَقَ المُفْلِسُ والغُرَماءُ على التَّبْقِيَةِ أو القَطْعِ ، فلهم ذلك ، وإنِ اخْتَلَفُوا ، فطَلَبَ بَعْضُهم القَطْعَ وبَعْضُهم التَّبْقِيَةَ ، وكان ممّا لا قِيمَةَ له مَقْطُوعًا ، أو قِيمَتُه يَسِيرَةٌ ، لم يُقْطَعْ ؛ لأنَّ قَطْعَه سَفَهٌ وإضاعَةُ مالٍ ، وقد نَهَى النبىُّ ﷺ عن إضاعَتِه . وإن كانت قِيمَتُه كَثِيرَةً ، قُدِّمَ قولُ مَن طَلَب القَطْعَ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّ فى تَبْقِيَتِه غَرَرًا ، ولأنَّ طالِبَ القَطْعِ إن كان المُفْلِسَ ، فهو يَقْصِدُ تَبْرِئَةَ ذِمَّتِه ، وإن كان الغُرَماءَ ، [١٠٩/٤ظ] فهم يَطْلُبُونَ تَعْجِيلَ حُقُوقِهم ، وذلك حَقٌّ لهم . وهذا قولُ القاضى ، وأكْثَرِ الشَّافِعِيَّةِ . الثانى ، يُنْظَرُ ما فيه الحَظُّ فيُعْمَلُ به ؛ لأنَّ ذلك أنْفَعُ للجَمِيعِ ، والظّاهِرُ سَلامَتُه ، ولهذا يَجُوزُ أن يُزْرَعَ للمُوَلَّى عليه . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه[1] إن كان الطالِبُ القَطْعَ الغُرَماءَ ، وَجَب إجابَتُهم ؛ لأنَّ حُقُوقَهم حالَّةٌ ، فلا يَلْزَمُهم تَأْخِيرُها مع إمْكانِ إيفائِها ، وإن كان الطّالِبُ المُفْلِسَ دُونَهم ، وكان التَّأْخِيرُ أحَظَّ ، لم يُقْطَعْ[2] ؛ لأنَّهم رَضُوا بتَأْخِيرِ حُقُوقِهم لحَظٍّ يَحْصُلُ لهم وللمُفْلِسِ ، والمُفْلِسُ يَطْلُبُ ما فيه ضَرَرٌ بنَفْسِه ومَنْعُ الغُرَماءِ مِن اسْتِيفاءِ القَدْرِ الذى يَحْصُلُ مِن الزِّيادَةِ بالتَّأْخِيرِ ، فلا يَلْزَمُ الغُرَماءَ إجابَتُه إلى ذلك .

الإنصاف ....

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « يقع » .

الشرح الكبير

فصل : فإنْ أقرَّ الغُرمَاءُ بالطَّلْعِ أو الزَّرْعِ للبائعِ ، ولم يَشْهَدُوا به ، أو شَهِدُوا به وليسوا عُدُولًا ، أو لم يُحْكَمْ بشهادَتِهم ، حَلَف المُفْلِسُ ، وثَبَت الطَّلْعُ له ، يَنْفَرِدُ به دُونَهم ؛ لأنَّهم يُقِرُّونَ أنَّهم[1] لا حَقَّ لهم فيه . فإن أراد دَفْعَه إلى أحَدِهم ، أو تَخصِيصَه بثَمَنِه ، فله ذلك ؛ لإقْرارِ باقِيهم أنَّه لا حَقَّ لهم فيه . فإنِ امْتَنَعَ ذلك الغَرِيمُ مِن قَبُولِه ، أُجْبِرَ عليه ، أو على الإبْراءِ مِن قَدْرِه مِن دَيْنِه . وهذا مَذْهَبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه مَحْكُومٌ به للمُفْلِسِ ، فكان له أنْ يَقْضِيَ دَيْنَه منه ، كما لو أدَّى المُكاتَبُ نُجُومَ كِتابَتِه إلى سَيِّدِه ، فقال سَيِّدُه : هى حَرامٌ . وأنْكَرَ المُكاتَبُ . وإن أراد قَسْمَه على الغُرَماءِ ، لَزِمَهم قَبُولُه أو الإبْراءُ ؛ لِما ذَكَرْنا . فإن قَبَضُوا الثَّمَرَةَ بعَيْنِها ، لَزِمَهم رَدُّها إلى البائعِ ؛ لأنَّهم مُقِرُّون له بها ، فلَزِمَهم دَفْعُها إليه ، كما لو أقَرُّوا بعِتْقِ عَبْدٍ ، ثم اشْتَرَوْه . فإن باع الثَّمَرَةَ ، وقَسَمَ ثَمَنَها فيهم ، أو دَفَعَه إلى بَعْضِهم ، لم يَلْزَمْه رَدُّ ما أخَذَ مِن ثَمَنِها ؛ لأنَّهم اعْتَرَفُوا بالعَيْنِ ، لا بثَمَنِها . وإن شَهِدَ بَعْضُهم دُونَ بعضٍ ، أو أقَرَّ بَعْضُهم دُونَ بعضٍ ، لَزِمَ الشّاهِدَ أو المُقِرَّ الحُكْمُ الذى ذَكَرْناه دُونَ غيرِه . وإن عَرَض عليهم المُفْلِسُ الثَّمَرَةَ بعَيْنِها ، فأبَوْا أخْذَها ، لم يَلْزَمْهم[2] ذلك ؛ لأنَّهم إنَّما يَلْزَمُهم الاسْتِيفاءُ مِن جِنْسِ دُيُونِهم ، إلَّا أن يكونَ فيهم مَن له مِن جِنْسِ الثَّمَرِ أو الزَّرْعِ ، [3]كالمُقْرِضِ والمُسْلِمِ[3] ، فيَلْزَمُه أخْذُ ما عُرِض عليه

(١) فى ر ، ق ، م : « لأنه » .

(٢) فى الأصل : « يلزمه » .

(٣ - ٣) فى الأصل : « كالقرض والمسلم فيه » .

الشرح الكبير

إذا كان بصِفَةِ حَقِّه . ولو أقَرَّ الغُرَماءُ بأنَّ المُفْلِسَ أعْتَقَ عَبْدًا له قبلَ فَلَسِه ، فأنْكَرَ ذلك ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهم ، إلَّا أن يَشْهَدَ منهم عَدْلان بإعْتاقِه ، ويكونُ حُكْمُهم فى قَبْضِ العَبْدِ وأخْذِ ثَمَنِه - إن عَرَضَه عليهم - كحُكْمِ ما لو أقَرُّوا بالثَّمَرَةِ للبائِعِ . وكذلك إن أقَرُّوا بعَيْنٍ ممّا فى يَدَيْه أنَّها غَصْبٌ أو عارِيَةٌ أو [١١٠/٤و] نحوُ ذلك ، فالحُكْمُ كما ذَكَرْنا سَواءً . وإن أقَرُّوا بأنَّه أعْتَقَ عَبْدَه بعدَ فَلَسِه ، انْبَنَى ذلك على صِحَّةِ عِتْقِ المُفْلِسِ ، فإن قُلْنا : لا يَصِحُّ عِتْقُه . فلا أثَرَ لإقْرارِهم . وإن قُلْنا بصِحَّتِه ، فهو كإقْرارِهم بعِتْقِه قبلَ فَلَسِه ، فإنْ حَكَم الحاكِمُ بصِحَّتِه أو بفَسادِه ، نَفَذ حُكْمُه ؛ لأنَّه فصلٌ مُجْتَهَدٌ فيه ، فلَزِمَ ما حَكَم به الحاكِمُ ، ولا يَجُوزُ نَقْضُه ولا تَغْيِيرُه .

فصل : فإن صَدَّقَ المُفْلِسُ البائِعَ فى الرُّجُوعِ قبلَ التَّأْبِيرِ ، وكَذَّبَه الغُرَماءُ ، لم يُقْبَلْ إقْرارُه ؛ لأنَّ حُقُوقَهم تَعَلَّقَتْ بالثَّمَرَةِ ظاهِرًا ، فلم يُقْبَلْ إقْرارُه ، كما لو أقَرَّ بالنَّخِيلِ ، وعلى الغُرَماءِ اليَمِينُ أنَّهم لا يَعْلَمُون أنَّ البائِعَ رَجَع قبلَ التَّأْبِيرِ ؛ لأنَّ هذه اليَمِينَ لا يَنُوبُون فيها عن المُفْلِسِ ، بل هى ثابِتَةٌ فى حَقِّهم ابْتِداءً ، بخِلافِ ما لو ادَّعَى حَقًّا وأقام شاهِدًا فلم يَحْلِفْ ، لم يَكُنْ للغُرَماءِ أن يَحْلِفُوا مع الشّاهِدِ ؛ لأنَّ اليَمِينَ على المُفْلِسِ ، فلو حَلَفُوا ، حَلَفُوا لِيُثْبِتُوا حَقًّا لغَيْرِهم ، ولا يَحْلِفُ الإنْسانُ لِيُثْبِتَ لغَيْرِه حَقًّا ، ولا يَجُوزُ أن يكونَ نائِبًا[1] فيها ؛ لأنَّ الأيْمانَ لا تَدْخُلُها النِّيابَةُ ، وفى

الإنصاف ....

(١) فى الأصل ، ر : « ثابتا » .

الشرح الكبير

مَسْأَلَتِنا الأصلُ أنَّ هذا الطَّلْعَ قد تَعَلَّقَتْ حُقُوقُهم به ؛ لكَوْنِه فى يَدِ غَرِيمِهم[1] ، ومُتَّصِلًا بنَخْلِه ، والبائعُ يَدَّعِى ما يُزِيلُ حُقُوقَهم عنه ، فأشْبَهَ سائِرَ أعْيانِ مالِه ، ويَحْلِفُون على نَفْىِ العِلْمِ ؛ لأنَّه يَمِينٌ على فِعْلِ غيرِهم ، فكانت على نَفْىِ[2] العِلْمِ ، كيَمِينِ الوارِثِ على نَفْىِ الدَّيْنِ على المَيِّتِ . ولو أقَرَّ المُفْلِسُ بعَيْنٍ مِن أعْيانِ مالِه لأَجْنَبِىٍّ أو لبعضِ الغُرَماءِ ، فأنْكَرَ الباقُون ، فالقولُ قَوْلُهم ، وعليهم اليَمِينُ أنَّهم لا يَعْلَمُون ذلك . ومِثْلُه لو أقَرَّ بغَرِيمٍ آخَرَ يَسْتَحِقُّ مُشارَكتَهم فأنْكَرُوه ، حَلَفُوا أيضًا على نَفْىِ العِلْمِ ؛ لذلك . وإن أقَرَّ بعِتْقِ عَبْدِه ، انْبَنَى على صِحَّةِ عِتْقِ المُفْلِسِ ؛ فإن قُلْنا : يَصِحُّ عِتْقُه . صَحَّ إقْرارُه ، وعَتَق ؛ لأنَّ مَن مَلَك شيئًا مَلَكَ الإقْرارَ به . وإنْ قُلْنا : لا يَصِحُّ عِتْقُه . لم يُقْبَلْ إقْرارُه ، وعلى الغُرَماءِ اليَمِينُ أنّهم لا يَعْلَمُون ذلك . وكلُّ مَوْضِعٍ قُلْنا : على الغُرَماءِ اليَمِينُ . فهى على جَمِيعِهم ، فإن حَلَفُوا ، وإلَّا قُضِىَ للمُدَّعِى ، إلَّا أن نَقُولَ برَدِّ اليَمِينِ على المُدَّعِى ، فيَحْلِفُ ويَسْتَحِقُّ . وإن حَلَف بَعْضُهم دُونَ بعضٍ ، أخَذَ الحالِفُ نَصِيبَه ، وحُكْمُ النّاكِلِ على ما ذَكَرْناه .

فصل : وإن أقَرَّ المُفْلِسُ أنَّه أعْتَقَ عَبْدَه منذُ سَنَةٍ ، وكان العَبْدُ قد اكْتَسَبَ بعدَ ذلك مالًا وأنْكَرَ الغُرَماءُ ، فإن قُلْنا : لا يُقْبَلُ إقْرارُه . حَلَفُوا ، واسْتَحَقُّوا العَبْدَ وكَسْبَه . وإن قُلْنا : يُقْبَلُ إقْرارُه . لم يُقْبَلْ [٤/١١٠ظ] فى

الإنصاف ....

(١) فى الأصل ، ر ١ : « غيرهم » .
(٢) سقط من : الأصل .

المقنع

وَإِنْ غَرَسَ الْأَرْضَ ، أَوْ بَنَى فِيهَا ، فَلَهُ الرُّجُوعُ وَدَفْعُ قِيمَةِ الْغِرَاسِ وَالْبِنَاءِ ، فَيَمْلِكُهُ ، إِلَّا أَنْ يَخْتَارَ الْمُفْلِسُ وَالْغُرَمَاءُ [١١٧و] الْقَلْعَ وَمُشَارَكَتَهُ بِالنَّقْصِ .

الشرح الكبير

كَسْبه ، وكان للغُرَماءِ أن يَحْلِفُوا أنَّهم لا يَعْلَمُون أنه أعْتَقَه قبلَ الكَسْبِ ، ويأْخُذُونَ كَسْبَه ؛ لأَنَّ إقْرارَه إنَّما قُبِل فى العِتْقِ دُونَ غيرِه لصِحَّتِه منه ؛ لكَوْنه يَنْبَنِى على التَّغْلِيبِ والسِّرايَةِ ، فلا يُقْبَلُ فى المالِ ؛ لعَدَمِ ذلك فيه ، ولأَنَّنا نَزَّلْنا إقْرارَه مَنْزِلَةَ إعْتاقِه فى الحالِ ، فلم تَثْبُتْ له[1] الحُرِّيَّةُ فيما مَضَى ، فيَكُونُ كَسْبُه مَحْكُومًا به لسَيِّدِه ، كما لو أقَرَّ بعِتْقِه ، ثم أقَرَّ له بعَيْنٍ فى يَدِه .

١٩١٨ – مسألة : (وإن غَرَس الأرْضَ ، أو بَنَى فيها ، فله الرُّجُوعُ ودَفْعُ قِيمَةِ الغِراسِ والبناءِ ، فيَمْلِكُه ، إلَّا أن يَخْتارَ المُفْلِسُ والغُرَماءُ القَلْعَ ومُشارَكَته بالنَّقْصِ) إذا كان المَبِيعُ أرْضًا ، فبَناها المُشْتَرِى أو غَرَسَها ، ثم أفْلَسَ ، فأراد البائِعُ الرُّجُوعَ فى الأرْضِ ، نَظَرْتَ ؛ فإنِ اتَّفَقَ المُفْلِسُ

الإنصاف

قوله : فإنْ غرَسَ الأرْضَ ، أو بنَى فيها ، فله الرُّجوعُ ودَفْعُ قِيمَةِ الغِراسِ والبِناءِ ، فيَمْلِكُه ، إلَّا أنْ يَخْتارَ المُفْلِسُ والغُرَماءُ القَلْعَ ومُشارَكَته بالنَّقْصِ . إذا اتَّفقا على قَلْعِ الغَرْسِ والبِناءِ ، فلهم ذلك ، فإذا فعَلُوه ، فللبائعِ الرُّجوعُ فى أرْضِه ، فإن أرادَ الرُّجوعَ قبلَ القَلْعِ ، فله ذلك . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : والأصحُّ له الرُّجوعُ قبلَ قَلْعِ غَرْسٍ وبناءٍ . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ،

---

(١) فى م : « به » .

الشرح الكبير

والغُرَماءُ على قَلْعِ الغِراسِ والبِناءِ ، فلهم ذلك ؛ لأنَّ الحَقَّ لهم لا يَخْرُجُ عنه ، فإذا قَلَعُوه ، فللبائِعِ الرُّجُوعُ فى أرْضِه ؛ لأنَّه وَجَد عَيْنَ مالِه . فإن أراد الرُّجُوعَ قبلَ القَلْعِ ، فله ذلك . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه أدْرَكَ مَتاعَه بعَيْنِه ، وفيه مالُ المُشْتَرِى على وَجْهِ البَيْعِ ، فلم يَمْنَعْه الرُّجُوعَ ، كما لو صَبَغ الثَّوْبَ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَسْتَحِقَّه إلَّا بعدَ القَلْعِ ؛ لأنَّه قبلَ القَلْعِ لم يُدْرِكْ مَتاعَه إلَّا مَشْغُولًا بمِلْكِ المُشْتَرِى ، فأشْبَهَ ما لو كان مَسامِيرَ فى بابِ المُشْتَرِى . فإن قُلْنا : له الرُّجُوعُ قبلَ القَلْعِ . فقَلَعُوه[1] ، لَزِمَهم تَسْوِيَةُ الأرْضِ ، وأَرْشُ نَقْصِ الأرْضِ الحاصِلِ به ؛ لأنَّ ذلك نَقْصٌ حَصَل لتَخْلِيصِ مِلْكِ المُفْلِسِ ، فكان عليه ، كما لو دَخَل فَصِيلٌ دارَ إنْسَانٍ ، فكَبِرَ ، فأراد صاحِبُه إخْراجَه ، فلم يُمْكِنْ إلَّا بهَدْمِ بابِها ، فإنَّ البابَ يُهْدَمُ لِيَخْرُجَ ، ويَضْمَنُ صاحِبُه ما نَقَص ، بخِلافِ ما إذا وَجَد البائِعُ عَيْنَ مالِه ناقِصَةً فرَجَعَ فيها ، فإنَّه لا يَرْجِعُ فى النَّقْصِ ، فإنَّ النَّقْصَ كان فى مِلْكِ المُفْلِسِ ، وههُنا حَدَث بعدَ رُجُوعِه فى العَيْنِ ، فلهذا ضَمِنُوه ، ويَضْرِبُ بالنَّقْصِ مع الغُرَماءِ . وإن قُلْنا : ليس له الرُّجُوعُ قبلَ القَلْعِ . لم يَلْزَمْهم تَسْوِيَةُ الحَفْرِ ، ولا أَرْشُ النَّقْصِ ؛ لأنَّهم فَعَلُوا ذلك فى أرْضِ

الإنصاف

و « الشَّرْحِ » . وهو ظاهِرُ ما جزَم به كثيرٌ مِنَ الأصحابِ . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَسْتَحِقَّه إلَّا بعدَ القَلْعِ . فعلى المذهبِ ، يَلْزَمُهم تَسْوِيَةُ الأرْضِ ، وأَرْشُ نَقْصِها الحاصِلُ

---

(١) فى ق : « فقطعوه » .

الشرح الكبير

المُفْلِسِ قبلَ رُجُوعِ البائِعِ فيها ، فلم يَضْمَنُوا النَّقْصَ ، كما لو قَلَعَه المُفْلِسُ قبلَ فَلَسِه . فإنِ امْتَنَعَ المُفْلِسُ والغُرَماءُ مِن القَلْعِ ، لم يُجْبَرُوا عليه ؛ لأنَّه غَرْسٌ بحَقٍّ ، ومَفْهُومُ قوله عليه السلامُ : « ليس لعِرْقٍ ظالِمٍ حقٌّ »[1] . أنَّه إذا لم يَكُنْ ظالِمًا فله حَقٌّ . فإن بَذَل البائعُ قِيمَةَ الغِراسِ والبِناءِ ليَمْلِكَه ، أو قال : أنا أَقْلَعُ وأَضْمَنُ النَّقْصَ . فله ذلك إن قُلْنا : له الرُّجُوعُ قبلَ القَلْعِ . لأنَّ البِناءَ والغِراسَ حَصَلَ فى مِلْكِه لغيرِه بحَقٍّ ، فكان له أَخْذُه بقِيمَتِه أو قَلْعُه و[2] ضَمانُ نَقْصِه ، كالشَّفِيعِ إذا أخَذَ الأرْضَ وفيها غِراسٌ أو بِناءٌ للمُشْتَرِى ، والمُعِيرِ إذا رَجَع فى أرْضِه بعدَ غَرْسِ المُسْتَعِيرِ . وإن قُلْنا : ليس له الرُّجُوعُ قبلَ القَلْعِ . [٤/١١١و] لم يَكُنْ له ذلك ؛ لأنَّه بِناءُ المُفْلِسِ وغَرْسُه ، فلم يُجْبَرْ على بَيْعِه لهذا البائعِ ، ولا على قَلْعِه ، كما لو لم يَرْجِعْ فى الأرْضِ .

الإنصاف

به ، ويَضْرِبُ بالنَّقْصِ مع الغُرَماءِ . وعلى الثَّانِى ، لا يَلْزَمُهم ذلك . فلوِ امْتَنَعَ المُفْلِسُ والغُرَماءُ مِنَ القَلْعِ ، لم يُجْبَرُوا عليه . وإنْ أَبَى المُفْلِسُ القَلْعَ ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ للبائعِ أَخْذَه وقَلْعَه وضَمانَ نَقْصِه . وقيل : ليس له ذلك . وعلى المذهبِ ، لو بذَل البائعُ قِيمَةَ الغِراسِ والبِناءِ ليَمْلِكَه ، أو قال : أنا أَقْلَعُ ، وأَضْمَنُ النَّقْصَ . فله ذلك . وعلى الثَّانِى، ليس له ذلك .

---

(١) أخرجه البخارى تعليقا ، فى : باب من أحيا أرضا مواتا من كتاب الحرث : صحيح البخارى ٣/ ١٤٠ . وأبو داود ، فى : باب فى إحياء الموات ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ٢/ ١٥٨ . والترمذى ، فى : باب ما ذكر فى إحياء أرض الموات ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/ ١٤٦ . والإمام مالك ، فى : باب العمل فى عمارة الموات، من كتاب الأقضية. الموطأ ٢/ ٧٤٣. والإمام أحمد، فى: المسند ٥/ ٣٢٧.

(٢) فى الأصل : « أو » .

المقنع وَإِنْ أَبَوُا الْقَلْعَ ، وَأَبَى دَفْعَ الْقِيمَةِ ، سَقَطَ الرُّجُوعُ .

الشرح الكبير **١٩١٩** – مسألة : (فإن أَبَوُا القَلْعَ ، وأبَى دَفْعَ القِيمَةِ ، سَقَط الرُّجُوعُ) وهذا قولُ ابنِ حامِدٍ ، وأحَدُ الوَجْهَيْن لأصْحابِ الشافعيِّ . وقال القاضى : يَحْتَمِلُ أنَّ له الرُّجُوعَ . وهو قولٌ للشافعيِّ ؛ لأنَّه أدْرَكَ مَتاعَه بعَيْنِه مُتَّصِلًا بمِلْكِ المُشْتَرِى على وَجْهِ البَيْعِ ، فلم يَمْنَعِ الرُّجُوعَ ، كالثَّوْبِ إذا صَبَغَه المُشْتَرِى . ولَنا ، أنَّه لم يُدْرِكْ مَتاعَه على وَجْهٍ يُمْكِنُه أخْذُه مُنْفَرِدًا عن غيرِه ، فلم يَكُنْ له أخْذُه ، كالحَجَرِ فى البِناءِ ، والمَسامِيرِ فى البابِ ، ولأنَّ فى ذلك ضَرَرًا على المُشْتَرِى والغُرَماءِ ، ولا يُزالُ الضَّرَرُ بالضَّرَرِ ، ولأنَّه لا يَحْصُلُ بالرُّجُوعِ هٰهُنا انْقِطاعُ النِّزاعِ والخُصُومَةِ ، بخِلافِ ما إذا وَجَدَها غيرَ مَشْغُولَةٍ بشىءٍ . وأمّا الثَّوْبُ إذا صَبَغَه ، فلا نُسَلِّمُ أنَّ له الرُّجُوعَ ، وإن سَلَّمْنا ، فالفَرْقُ بينهما مِن وَجْهَيْن ؛ أحَدُهما ، أنَّ الصِّبْغَ تَفَرَّقَ فى الثَّوْبِ ، فصار كالصِّفَةِ ، بخِلافِ[1] البِناءِ والغَرْسِ ، فإنَّها أعْيانٌ مُتَمَيِّزَةٌ وأصْلٌ فى نَفْسِه . الثانِى ، أنَّ الثَّوْبَ لا يُرادُ للبَقاءِ ،

الإنصاف قوله : فإنْ أبَوُا القَلْعَ ، وأبَى دَفْعَ القِيمَةِ ، سقَط الرُّجوعُ . وهو المذهبُ . اخْتارَه ابنُ حامِدٍ . ونصَرَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الخُلاصَةِ » . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » . وقال القاضى : له الرُّجوعُ فى الأرْضِ ، ويكونُ ما فيها للمُفْلِسِ . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » . فعلى المذهبِ ، لا تَفْريعَ . وعلى الثَّانِى ، إنِ اتَّفقا على البَيْعِ بِيعا لهما ، وإنْ أبَى أحدُهما ،

---

(١) بعده فى الأصل : « الأرض و » .

الشرح الكبير

بخِلافِ الأرْضِ والبناءِ . فإذا قُلْنا : لا يَرْجِعُ . فلا كَلامَ . وإن قُلْنا : يَرْجِعُ . فرَجَعَ ، واتَّفَقَ الجَمِيعُ على بَيْعِهما ، بِيعا لهما ، (١)وأخَذَ كلُّ واحِدٍ بقَدْرِ حَقِّه . وإنِ امْتَنَعَ أحَدُهما مِن البَيْعِ ، احْتَمَلَ أن يُجْبَرَ عليه ، كالثَّوْبِ إذا صَبَغَه المُشْتَرِى ، فإنَّه يُباعُ لهما(١) ، كذا هٰهُنا . ويَحْتَمِلُ أن لا يُجْبَرَ ؛ لأنَّه يُمْكِنُ طالِبَ البَيْعِ أن يَبِيعَ مِلْكَه مُنْفَرِدًا ، بخِلافِ الثَّوْبِ المَصْبُوغِ . فإن بِيعا لهما ، قُسِّمَ الثَّمَنُ على قَدْرِ القِيمَتَيْنِ ، فتُقَوَّمُ الأرْضُ لا شَجَرَ فيها ولا بِناءَ ، ثم تُقَوَّمُ وهما فيها ، فما كان قِيمَةَ الأرْضِ بغيرِ غِراسٍ ولا بِناءٍ فللبائعِ قِسْطُه مِن الثَّمَنِ ، والزّائِدُ للمُفْلِسِ والغُرَماءِ . وإن قُلْنا : لا يُجْبَرُ على البَيْعِ . أو لم يَطْلُبْ أحَدُهما البَيْعَ ، فإنِ اتَّفَقا على كَيْفِيَّةِ كَوْنِهما بينَهما ، جاز ما اتَّفَقا عليه ، وإنِ اخْتَلَفا ، كانتِ الأرْضُ للبائعِ ، والغِراسُ والبِناءُ للمُفْلِسِ والغُرَماءِ ، ولهم دُخُولُ الأرْضِ لسَقْىِ الشَّجَرِ ، وأخْذِ الثَّمَرَةِ ، وليس لهم دُخُولُها للتَّفَرُّجِ أو لغيرِ حاجَةٍ ، وللبائعِ دُخُولُها للزَّرْعِ ولِما شاء ؛ لأنَّ الأرْضَ مِلْكُه . فإن باعُوا الشَّجَرَ والبِناءَ لإنْسانٍ ، فحُكْمُه فى ذلك حُكْمُهم . فإن بَذَلَ المُفْلِسُ والغُرَماءُ أو المُشْتَرِى للبائعِ قِيمَةَ الأرْضِ لِيَدَعَها لهم ، لم يَلْزَمْه ذلك ؛ لأنَّ الأرْضَ أصْلٌ ، فلا يُجْبَرُ على بَيْعِها ، بخِلافِ الغِراسِ والبِناءِ .

الإنصاف

فقال المُصَنِّفُ ، والشّارِحُ : يَحْتَمِلُ أنْ يُجْبَرَ ، فيُباعَ الجميعُ . واحْتَمَلَ لا ، فيَبِيعُ المُفْلِسُ غِراسَه وبِناءَه مُفْرَدًا . قال فى « الفروعِ » : وهل يُباعُ الغَرْسُ مُفْرَدًا ، أو

(١ - ١) سقط من : م .

الشرح الكبير

فصل : فإنِ اشْتَرَى غِراسًا فَغرَسَه فى أرْضِه ، ثم أفْلَسَ ، و لم يَزِدِ الغِراسُ ، فله الرُّجُوعُ فيه ؛ لأنَّه أدْرَكَ مَتاعَه بعَيْنِه . فإذا [٤/١١١ظ] أخَذَه ، فعليه تَسْوِيَةُ الأرْضِ ، وأرْشُ نَقْصِها الحاصِلِ بقَلْعِه ؛ لأنه نَقْصٌ حَصَل لتَخْلِيصِ مِلْكِه مِن مِلْكِ غيرِه . وإن بَذَل المُفلِسُ والغُرَماءُ قِيمَتَه له لِيَمْلِكُوه ، لم يُجْبَرْ على قَبُولِها ؛ لأنه إذا اخْتارَ أخْذَ مالِه وتَفْرِيغَ مِلْكِهِم وإزالَةَ ضَرَرِه عنهم ، لم يَكُنْ لهم مَنْعُه ، كالمُشْتَرِى إذا غَرَس فى الأرْضِ المَشْفُوعَةِ . وإنِ امْتَنَع مِن القَلْعِ ، فبَذَلُوا له القِيمَةَ لِيَمْلِكَهُ المُفلِسُ ، أو أرَادُوا قَلْعَه وضَمانَ النَّقْصِ ، فلهم ذلك . وكذلك لو أرادُوا قَلْعَه مِن غيرِ ضَمانِ النَّقْصِ ؛ لأنَّ المُفلِسَ إنَّما ابْتاعَه مَقْلُوعًا ، فلم يَجِبْ عليه إبْقاؤُه فى أرْضِه . وقِيلَ : ليس لهم قَلْعُه مِن غيرِ ضَمانِ النَّقْصِ ؛ لأنَّه غَرْسٌ بحَقٍّ ،

الإنصاف

الجَميعُ ، ويُقْسَمُ الثَّمَنُ على القِيمَةِ ؟ فيه وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الفائقِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم ؛ أحدُهما ، يُباعُ الجَميعُ . قدَّمه فى « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » . والوَجْهُ الثَّانِى ، يُباعُ الغَرْسُ والبِناءُ مُفْرَدًا . قدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » .

فوائد ؛ إحْداها ، قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : لو كان المَبِيعُ شَجَرًا أو نَخْلًا ، فله أرْبَعَةُ أحْوالٍ ؛ أحدُها ، أفْلَسَ وهى بحالِها ، فله الرُّجوعُ . الثَّانِى ، كان فيها وَقْتَ البَيْعِ ثَمَرٌ ظاهِرٌ ، أو طَلْعٌ مُؤَبَّرٌ ، واشْتَرَطَه المُشْتَرِى فأكَلَه ، أو تَصَرَّفَ فيه ، أو تَلِفَ بجائحَةٍ ، ثم أفْلَسَ ، فهذا فى حُكْمِ ما لو اشْتَرَى عَيْنَيْن ، وتَلِفَ أحدُهما ، على ما تقدَّمَ . الثَّالِثُ ، أطْلَعَ و لم يُؤَبَّرْ ، أو كان فيه ثَمَرٌ لم يظْهَرْ وَقْتَ البَيْعِ ، فيَدْخُلُ

الشرح الكبير

فأشْبَهَ غَرْسَ المُفلِسِ فى الأرْضِ التى ابْتاعَها إذا رَجع بائِعُها فيها . والفَرْقُ بينَهما ظاهِرٌ ، فإنَّ إبْقاءَ الغِراسِ فى هذه الصُّورَةِ حَقٌّ عليه ، فلم يَجِبْ عليه بفِعْلِه[1] ، وفى التى قبلَها إبْقاؤُه حَقٌّ له ، فوَجَبَ له بغِراسِه فى مِلْكِه . فإنِ اخْتارَ بعضُهم القَلْعَ وبَعْضُهم التَّبْقِيَةَ ، قُدِّمَ قولُ مَن طَلَب القَلْعَ ، سَواءٌ كان المُفْلِسَ أو الغُرَماءَ أو بعضَ الغُرَماءِ ؛ لأنَّ الإبْقاءَ ضَرَرٌ غيرُ واجِبٍ ، فلم يَلْزَمِ المُمْتَنِعَ منه[2] الإجابَةُ إليه . وإن زاد الغِراسُ فى الأرْضِ ، فهى زِيادَةٌ مُتَّصِلَةٌ تَمْنَعُ الرُّجُوعَ ، إلَّا على رِوايَةِ المَيْمُونِىِّ .

الإنصاف

فى البَيْعِ ؛ فلو أفْلَسَ بعدَ تَلَفِه أو بعضِه ، أو زادَ ، أو بَدا صَلاحُه ، فحُكْمُه حُكْمُ تَلَفِ بعضِ المَبِيعِ وزِيادَتِه المُتَّصِلَةِ ، على ما تقدَّم . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : فهو زِيادَةٌ مُتَّصِلَةٌ فى الأصحِّ . الرَّابعُ ، باعَه نَخْلًا حائلًا ، فأطْلَعَتْ ، أو شَجَرًا ، فأثْمَرَتْ ، فهو على أرْبَعَةِ أقْسامٍ ؛ الأوَّلُ ، أفْلَسَ قبلَ تَأْبِيرِها ، فالطَّلْعُ زِيادَةٌ مُتَّصِلَةٌ . الثَّانى ، أفْلَسَ بعدَ التَّأْبِيرِ وظُهُورِ الثَّمَرَةِ ، فلا يَمْنَعُ الرُّجوعَ ، والطَّلْعُ للمُشْتَرِى . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، خِلافًا لأبِى بَكْرٍ . ولو باعَه أرْضًا فارِغَةً ، فزرَعَها المُشْتَرِى ، ثم أفْلَسَ ، رجَع فى الأرْضِ دُونَ الزَّرْعِ ، وَجْهًا واحِدًا .

الثَّالثُ ، أفْلَسَ ، والطَّلْعُ غيرُ مُؤَبَّرٍ ، فلم يَرْجِعْ حتى أُبِّرَ ، فليس له الرُّجوعُ فيه ، كما لو أفْلَسَ بعدَ التَّأْبِيرِ . فلوِ ادَّعَى الرُّجوعَ قبلَ التَّأْبِيرِ ، وأنْكَرَ المُفْلِسُ ، فالقَوْلُ قَوْلُه . وإنْ قال البائعُ : بِعْتُ بعدَ التَّأْبِيرِ . وقال المُفْلِسُ : بل قبلَه . فالقَوْلُ قولُ البائعِ . الرَّابعُ ، أفْلَسَ بعدَ أخْذِ الثَّمَرَةِ ، أو ذَهابِها بجائحَةٍ أو غيرِها ، فله الرُّجوعُ

---

(1) فى الأصل ، ق : « قلعه » .

(2) فى م : « من » .

الشرح الكبير

فصل : وإنِ اشْتَرَى أرْضًا مِن رجلٍ وغِراسًا مِن آخَرَ ، فغَرَسَه فيها ، ثم أفْلَسَ ، ولم يَزِدِ الشَّجَرُ ، فلِكلٍّ واحِدٍ منهما الرُّجُوعُ فى عَيْنِ مالِه ، ولصاحِبِ الأرْضِ قَلْعُ الغِراسِ مِن غيرِ ضَمانِ النَّقْصِ بالقَلْعِ ، كما ذَكَرْنا ؛ لأنَّ البائِعَ إنَّما باعَه مَقْلُوعًا ، فلا يَسْتَحِقُّه إلَّا كذلك . وإن أراد بائِعُه قَلْعَه مِن الأرْضِ ، فقَلَعَه ، فعليه تَسْوِيَةُ الأرضِ[1]، وضَمانُ نَقْصِها الحاصِلِ به ؛ لِما تَقَدَّمَ . فإن بَذَلَ صاحِبُ الغِراسِ قِيمَةَ الأرْضِ لصاحِبِها لِيَمْلِكَها[2] ، لم يُجْبَرْ على ذلك ؛ لأنَّ الأرْضَ أصْلٌ ، فلا يُجْبَرُ على بَيْعِها تَبَعًا . وإن بَذَل صاحِبُ الأرْضِ قِيمَةَ الغِراسِ لصاحِبِها ليَمْلِكَه إذا امْتَنَعَ مِن القَلْعِ ، فله ذلك ؛ لأنَّ غَرْسَه حَصَل فى مِلْكِ غيرِه بحَقٍّ ، فأشْبَهَ غَرْسَ المُفْلِسِ فى أرْضِ البائِعِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكَ ذلك ؛ لأنَّه لا يُجْبَرُ على إبْقائِه إذا امْتَنَعَ مِن دَفْعِ قِيمَتِه أو أرْشِ نَقْصِه ، فلا يكونُ له أن يَتَمَلَّكَه بالقِيمَةِ ، بخِلافِ التى قبلَها . والأوَّلُ أوْلَى ، وهذا مُنْتَقِضٌ بغَرْسِ الغاصِبِ .

الإنصاف

فى الأصْلِ ، والثَّمَرَةُ للمُشْتَرِى ، إلَّا على قَوْلِ أبِى بَكْرٍ . الثَّانيةُ ، كلُّ مَوْضِعٍ لا يَتْبَعُ الثَّمَرُ الشَّجَرَ إذا رجَع البائعُ ، فليس له مُطالَبَةُ المُفْلِسِ بقَطعِ الثَّمَرَةِ قبلَ أوانِ الجَدادِ . وكذا إذا رجَع فى الأرْضِ وفيها زرْعٌ للمُفْلِسِ ، وليس على صاحِبِ الزَّرْعِ أُجْرَةٌ . فإذا ثبَت هذا ، فإنِ اتَّفَقَ المُفْلِسُ والغُرَماءُ على التَّبْقِيةِ أوِ القَطْعِ ، فلهم

---

(١) فى الأصل : « الحفر » .

(٢) فى المغنى ٦/٥٦٠ : « يملكه » .

الشرح الكبير

فصل : فإن كان المَبِيعُ صَيْدًا ، فأفْلَسَ المُشْتَرِى ، والبائعُ مُحْرِمٌ ، لم يَرْجِعْ فيه ؛ لأنَّه تَمَلُّكٌ للصَّيْدِ ، فلم يَجُزْ فى الإحْرامِ ، كشِرائِه . وإن كان البائعُ حَلالًا فى الحَرَمِ ، والصَّيْدُ فى الحِلِّ ، فأفْلَسَ المُشْتَرِى ، فللبائعِ الرُّجُوعُ فيه ؛ لأنَّ الحرمَ إنَّما يَحْرُمُ الصَّيْدُ الذى فيه ، وهذا ليس مِن صَيْدِه ، فلا يُحَرِّمُه . ولو أفْلَسَ المُحْرِمُ وفى مِلْكِه صَيْدٌ ، بائِعُه[1] حَلالٌ ، فله أخْذُه ؛ لأنَّ المانِعَ[2] غيرُ مَوْجُودٍ فيه [٤/١١٢و] .

الإنصاف

ذلك . وإنِ اخْتَلَفُوا ، وكان مِمَّا لا قِيمَةَ له ، أو قِيمَتُه يَسيرَةً ، لم يُقْطَعْ . وإنْ كانت قِيمَتُه كثِيرَةً ، قُدِّمَ قَوْلُ مَن طلَب القَطْعَ ، فى أحَدِ الوُجوهِ . اخْتارَه القاضى . وجزَم به فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . والثَّانِى ، يُنْظَرُ ما فيه الأحَظُّ ، فيُعْمَلُ به . قلتُ : وهو الصَّوابُ . [٢/ ١٣٨ظ] والثَّالثُ ، إنْ طلَب الغُرَماءُ القَطْعَ ، وجَب ، وإنْ كان المُفْلِسُ - فكان التَّأْخِيرُ أحَظَّ له - لم يَقْطَعْ . الثَّالثةُ ، إذا كمَلَتِ الشُّروطُ : فله أخْذُه مِن غيرِ حُكْمِ حاكِمٍ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ ؛ لتَعيُّنِها كوَدِيعَةٍ ، وسواءٌ زادَتْ قِيمَتُها أو نقَصَتْ ، ولو بذَل الغُرَماءُ ثَمَنَها كلَّه ، وهو يُساوِى المَبِيعَ أو دُونَه أو فوْقَه . وقيل : لا يأْخُذُها إلَّا بحُكْمِ حاكِمٍ ؛ بِناءً على تَسْويغِ[3] الاجْتِهادِ . الرَّابعةُ ، لو حكَمَ حاكِمٌ بكَوْنِه أُسْوَةَ الغُرَماءِ ، نُقِضَ حُكْمُه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ . وفيه احْتِمالٌ : لا يُنْقَضُ . الخامسةُ ، يكونُ الاسْتِرْجاعُ فى السِّلْعَةِ بالقَوْلِ[4] ، فلو أقْدَم على

(١) فى الأصل : « باعه » .

(٢) فى ق : « البائع » .

(٣) فى الأصل ، ط : « تسوية » .

(٤) فى الأصل ، ط : « كالقول » .

الشرح الكبير

فصل : إذا أفْلَسَ وفى يَدِه عَيْنٌ دَيْنُ بائِعها مُؤَجَّلٌ ، وقُلْنا : لا يحِلُّ الدَّيْنُ بالفَلَسِ . فقال أحْمَدُ ، فى رِوايَةِ الحَسَنِ بن ثَوَابٍ : يكونُ مَوْقُوفًا إلى أنْ يَحِلَّ دَيْنُه ، فيَخْتارُ البائعُ الفَسْخَ أو التَّرْكَ . وهو قولُ بعضِ أصْحابِ الشافعىِّ . والمَنْصُوصُ عن الشافعىِّ ، أنَّه يُباعُ فى الدُّيونِ الحالَّةِ . ويَتَخَرَّجُ لَنا مِثْلُ ذلك ؛ لأنَّها حُقُوقٌ حالَّةٌ ، فقُدِّمَتْ على الدَّيْنِ المُؤَجَّلِ ، كدَيْنِ مَن لم يَجِدْ عَيْنَ مالِه . والقولُ الأوَّلُ أوْلَى ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّ حَقَّ هذا البائعِ تَعَلَّقَ بالعَيْنِ ، فَقُدِّمَ على غيرِه وإن كان مُؤَجَّلًا ، كالمُرْتَهِنِ والمَجْنِىِّ عليه .

الإنصاف

التَّصَرُّفِ فيها ابْتِداءً لم ينْعَقِدْ ، ولم يَكُنِ اسْتِرْجاعًا . وكذا الوَطْءُ . ذكَرَه القاضى فى « الخِلافِ » ؛ لتَمامِ مِلْكِ المُفْلِسِ . وفى « المُجَرَّدِ » ، و « الفُصولِ » : يكونُ الوَطْءُ اسْتِرْجاعًا ، وأنَّ فيه احْتِمالًا آخَرَ بعَدَمِه . قالَه فى « القاعِدَةِ الخامسَةِ والخَمْسِين » . السَّادسةُ ، يُسْتَثْنَى مِن جَوازِ الأخْذِ ، بعدَ كَمالِ الشُّروطِ ، مَسْأَلَةٌ ، وهى ما إذا كان المَبِيعُ صَيْدًا ، والبائعُ مُحْرِمًا ، فإنَّه ليس له الرُّجوعُ فيه ؛ لأنَّه تَمَلَّكَ الصَّيْدَ ، فلم يَجُزْ . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحبُ « الرِّعايَةِ » ، وقطَعُوا به . قلتُ : فيُعايَى بها . ولعَلَّهم أرادُوا على القَوْلِ بأنَّ الفَسْخَ (1على الفَوْرِ فى تلك الحالَةِ1) . وهو الظَّاهِرُ ، وإلَّا فلا وَجْهَ له . السَّابعةُ ، الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ أخْذَ السِّلْعَةِ على التَّراخِى ، كخِيارِ العَيْبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : على الفَوْرِ . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : أخْذُه على الفَوْرِ فى الأقْيَسِ . وصحَّحَه النَّاظِمُ . ونصَرَه القاضى وغيرُه . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ،

(1 - 1) فى الأصل ، ط : « فى ملك الخيار » .

الشرح الكبير

فصل : قال أحمدُ ، فى رجلٍ ابْتاعَ طَعامًا نَسِيئَةً ونَظَرَ إليه وقَلَّبَه ، وقال : أقْبِضُه غَدًا . فمات البائِعُ وعليه دَيْنٌ ، فالطَّعامُ للمُشْتَرِى ، ويَتْبَعُه الغُرَماءُ بالثَّمَنِ ، وإن كان رَخِيصًا . وكذلك قال الثَّوْرِىُّ ، وإسحاقُ ؛ لأنَّ المِلْكَ ثَبَت للمُشْتَرِى فيه بالشِّراءِ ، وزال مِلْكُ البائِعِ عنه ، فلم يُشارِكْه غُرَماءُ البائِعِ[1] فيه ، كما لو قَبَضَه .

الإنصاف

و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : الوَجْهان هنا مَبْنِيَّان على الرِّوايتَيْن فى خِيارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ . الثَّامِنةُ ، حيثُ أخَذ البائعُ سِلْعَتَه ، فرُجوعُه فَسْخٌ للعَيْبِ ، فلا يَحْتاجُ إلى مَعْرِفَةِ المَبِيعِ ، ولا إلى القُدْرَةِ على تَسْليمِه . فلو رجَع فى مَن أبَق ، صحَّ ، وصارَ له ، فإنْ قدَر عليه ، أخَذَه ، وإنْ تَلِفَ ، فمِن مالِه ، وإنْ تبَيَّنَ أنَّه كان تالِفًا حينَ اسْتِرْجاعِه ، بطَل رُجوعُه . وإنْ رجَع فى مَبِيعٍ اشْتَبَهَ بغيرِه ، قُدِّمَ تَعْيِينُ المُفْلِسِ ؛ لإنْكارِه دَعْوَى اسْتِحْقاقِ البائعِ . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الفُروعِ » ، وغيرُهم . التَّاسعةُ ، متى قُلْنا : له الرُّجوعُ . فلو كان ثَمَنُ المَبِيعِ المَوْجودِ مُؤَجَّلًا على المُفْلِسِ ، وقُلْنا : لا يحِلُّ بالفَلَسِ . فالصَّحِيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه يأْخُذُ المَبِيعَ عندَ الأجَلِ . نصَّ عليه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وقالا : هو أوْلَى . قال الزَّرْكَشِىُّ : عليه الجُمْهورُ . وقيل : يأْخُذُه فى الحالِ . اخْتارَه ابنُ أبِى مُوسى . وقيل : يُباعُ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ فى « التَّنْبِيهِ » ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » . وقدَّمه الزَّرْكَشِىُّ . وهو تَخْريجٌ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وقيل : إنْ لم تَزِدْ قِيمَتُه ، رجَع فيه مجَّانًا . ذكَرَه

---

(١) فى ق : « الثانى » .

الشرح الكبير

فصل : ورُجُوعُ البائِعِ فَسْخٌ للبَيْعِ ، لا يَحْتَاجُ إلى مَعْرِفَةِ المَبيعِ ، ولا القُدْرَةِ على تَسْلِيمِه ، فلو رَجَع فى المَبيعِ الغائِبِ بعدَ مُضِىِّ مُدَّةٍ يَتَغَيَّرُ فيها ، ثم وَجَدَه على حالِه لم يَتْلَفْ شئٌ منه ، صَحَّ رُجُوعُه . وإن رَجَع فى العَبْدِ بعدَ إباقِه ، أو الجَمَلِ بعدَ شُرُودِه ، صَحَّ ، وصار ذلك له ، فإن قَدَر عليه أخَذَه ، وإن ذَهَب كان مِن مالِه . وإن تَبَيَّنَ أنَّه كان تالِفًا حالَ استِرْجاعِه ، بَطَل الاسْتِرْجاعُ ، وله أن يَضْرِبَ مع الغُرَماءِ فى المَوْجُودِ مِن مالِه . وإن رَجَع فى المَبيعِ ، واشْتَبَهَ بغَيْرِه ، واخْتَلَفا[1] فى عَيْنِه ، فالقولُ قولُ المُفْلِسِ ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ لاسْتِحْقاقِ ما ادَّعاه البائِعُ ، والأصْلُ معه .

الإنصاف

فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . العاشرةُ ، ذكَر المُصَنِّفُ هنا حُكْمَ السِّلْعَةِ المَبِيعَةِ إذا وجَدَها . وكذا حُكْمُ القَرْضِ وغيرِه إذا وجَد عَيْنَه . قال فى « الرِّعايَةِ » : لو كان دَيْنُه سَلَمًا ، فأدْرَك الثَّمَنَ بعَيْنِه ، أخَذَه . قال فى « التَّلْخيصِ » : الرُّجوعُ ثابتٌ فى كلِّ ما هو فى مَعْنَى البَيْعِ مِن عُقودِ المُعاوَضاتِ المَحْضَةِ ؛ كالإجارَةِ والسَّلَمِ والصُّلْحِ بمَعْنَى البَيْعِ . وكذلك الصَّداقُ ، كأن يصْدُقَ امْرأةً عَيْنًا ، وتحْصُلُ الفُرْقَةُ مِن جِهَتِها ، وقد أفْلَسَتْ . وكذا لو وجَد عَيْنًا مُؤْجَرَةً لم يَمْضِ مِنَ المُدَّةِ شئٌ ، فلو مضَى بعضُ المُدَّةِ ، فله أُسْوَةُ الغُرَماءِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : يَخْتَصُّ بها . الحادِيَةَ عشَرَ ، لو كان للمُفْلِسِ عَيْنٌ مُؤْجَرَةٌ ، كان المُسْتأْجِرُ أحقَّ بالمَنافِعِ مُدَّةَ الإجارَةِ ، فإنْ تعَطَّلَتْ فى أثْناءِ المُدَّةِ ، ضُرِبَ له بما بَقِىَ مع الغُرَماءِ . قالَه الأصحابُ .

---

(1) فى ر ، ر 1 ، ق ، م : « اختلفوا » .

المقنع

فَصْلٌ : الْحُكْمُ الثَّالِثُ ، بَيْعُ الْحَاكِمِ مَالَهُ وَقَسْمُ ثَمَنِهِ ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُحْضِرَهُ وَيُحْضِرَ الْغُرَمَاءَ ، وَيَبِيعَ كُلَّ شَيْءٍ فِي سُوقِهِ ،

الشرح الكبير

فصل : قال ، رَحِمَه اللهُ تعالى : (الحُكْمُ الثّالِثُ ، بَيْعُ الحاكِمِ مالَه وقَسْمُ ثَمَنِه ، ويَنْبَغِى أنْ يُحْضِرَه ويُحْضِرَ الغُرَماءَ ، ويَبِيعَ كلَّ شيءٍ فى سُوقِه) إذا حُجِر على المُفلِسِ باع الحاكِمُ مالَه ؛ لِما ذَكَرْنا مِن حديثِ مُعاذٍ[1] . ولأنَّه مَقْصُودُ الحَجْرِ . ويُسْتَحَبُّ إحْضارُ المُفلِسِ ؛ لمعانٍ أرْبَعَةٍ ؛ أحَدُها ، إحْصاءُ ثَمَنِه وضَبْطُه . الثانِى ، أنَّه أعْرَفُ بثَمَنِ مَتاعِه وجَيِّدِه ورديئِه ، فإذا حَضَر تكَلَّمَ عليه ، وعَرَف الغَبْنَ مِن غيرِه . الثالثُ ، أنَّ الرَّغْبَةَ تكْثُرُ فيه ، فإنَّ شِراءَه مِن صاحِبه أحَبُّ إلى المُشْتَرِين . الرّابعُ ، أنَّه أطْيَبُ لقلبِه . ويُسْتَحَبُّ إحْضارُ الغُرَماءِ ؛ لأمُورٍ أرْبَعَةٍ ؛ أحَدُها ، أنَّه يُباعُ لهم . الثانِى ، أنَّهم رُبَّما رَغِبُوا فى شيءٍ[2] فزادُوا فى ثَمَنِه ، فيكونُ

الإنصاف

قوله : الحُكْمُ الثَّالِثُ ، بَيْعُ الحاكِمِ مالَه – بمَعْنى ، إنْ كان مِن غيرِ جِنْسِ الدَّيْنِ – وقَسْمُ ثَمَنِه . يعْنِى ، يجِبُ ذلك على الحاكِمِ ، ويكونُ على الفَوْرِ .

قوله : ويَنْبَغِى أَنْ يُحْضِرَه ويُحْضِرَ الغُرَماءَ . بمَعْنَى يُسْتَحَبُّ . ذكَرَه الأصحابُ .

قوله : ويَبِيعَ كلَّ شَيءٍ فى سُوقِه . بشَرْطِ أنْ يَبِيعَه بثَمَنِ مِثْلِه المُسْتَقِرِّ فى وَقْتِه أو أكثرَ . ذكَرَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ وغيرُه ، واقْتَصَر عليه فى « الفُروعِ » .

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٣٤ .

(٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

أَصْلَحَ لهم وللمُفْلِسِ . الثّالِثُ ، أنَّه أطْيَبُ لقُلُوبِهم ، وأبْعَدُ مِن[1] التُّهْمَةِ . الرّابِعُ ، لَعَلَّ فيهم مَن يَجِدُ عَيْنَ مالِه فيأْخُذَها . فإن باعَه مِن غيرِ حُضُورِهم كُلِّهم [٤/١١٢ظ] ، جاز ؛ لأنَّ ذلك مُفَوَّضٌ إليه ومَوْكُولٌ إلى اجْتِهادِه ، فرُبَّما أدّاه اجْتِهادُه إلى خِلافِ ذلك والمُبادَرَةِ إلى البَيْعِ قبلَ إحْضارِهم . ويأْمُرُهُم الحاكِمُ[2] أن يُقِيمُوا مُنادِيًا يُنادِى على المَتاعِ ، فإن تَراضَوْا بثِقَةٍ أمْضاه الحاكِمُ ، وإن لم يَكُنْ ثِقةً رَدَّه . فإن قِيلَ : لِمَ يَرُدُّه وقد اتَّفَقَ عليه أصْحابُ الحَقِّ ، فأشْبَهَ ما لو اتَّفَقَ المُرْتَهِنُ والرّاهِنُ على أن يَبِيعَ الرَّهْنَ غيرُ ثِقَةٍ ، لم يَكُنْ للحاكِمِ الاعْتِراضُ ؟ قُلْنا : الحاكِمُ هٰهُنا له نَظَرٌ واجْتِهادٌ ؛ لأنه قد يَظْهَرُ غَرِيمٌ آخَرُ ، فيَتَعَلَّقُ حَقُّه به ، بخِلافِ الرَّهْنِ ، فإنَّه لا نَظَرَ للحاكِمِ فيه . فإنِ اخْتارَ المُفْلِسُ رجلًا ، واخْتارَ الغُرَماءُ آخَرَ أقَرَّ الحاكِمُ الثِّقَةَ منهما . فإن كانا ثِقَتَيْنِ ، قَدَّمَ المُتَطَوِّعَ منهما ؛ لأنَّه أوْفَرُ ، فإن كانا مُتَطَوِّعَيْن ، ضَمَّ أحَدَهما إلى الآخَرِ ، وإن كانا بجُعْلٍ ، قَدَّمَ أوْثَقَهما وأعْرَفَهما ، فإن تَساوَيا ، قَدَّمَ مَن يَرَى منهما[3] . والأُجْرَةُ مِن مالِ المُفْلِسِ ؛ لأنَّ البَيْعَ حَقٌّ عليه ، لكَوْنِه طَرِيقَ وفاءِ دَيْنِه . وقيل : يُدْفَعُ مِن بَيْتِ المالِ ؛ لأنه مِن المَصالِحِ . وكذلك الحُكْمُ فى أجْرِ مَن يَحْفَظُ المَتاعَ والثَّمَنَ ، وأجْرِ الحَمّالِين ، ونحوِهم . ويُسْتَحَبُّ بَيْعُ كلِّ شىءٍ فى

الإنصاف ....

(١) فى م : « عن » .

(٢) سقط من : م .

(٣) زيادة من : م .

المقنع وَيَتْرُكَ لَهُ مِنْ مَالِهِ مَا تَدْعُو إِلَيْهِ حَاجَتُهُ مِنْ مَسْكَنٍ وَخَادِمٍ ..

الشرح الكبير

سُوقِه ؛ لأنَّه أحْوَطُ ، وأكْثَرُ لطُلَّابِه ، ومَعْرِفَةِ قِيمَتِه . فإن باع فى غيرِ سُوقِه بثَمَنِ المِثْلِ ، جاز ؛ لأنَّ الغَرَضَ تَحْصِيلُ الثَّمَنِ ، ورُبَّما أدَّى الاجْتِهادُ إلى أنَّه أصْلَحُ . ولهذا لو قال : بِعْ ثَوْبِى بثَمَنِ كذا . فى سُوقٍ عَيَّنَه ، فباعَه بذلك فى غَيرِه ، جازَ . ويَبِيعُ بنَقْدِ البَلَدِ ؛ لأنَّه أصْلَحُ . فإن كان فى البَلَدِ نُقُودٌ باع بغالِبِها ، فإن تَساوَتْ باع بجِنْسِ الدَّيْنِ . فإن زاد فى السِّلْعَةِ أحَدٌ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، لَزِم الأمِينَ الفَسْخُ ؛ لأنَّه أمْكَنَه بَيْعُه بثَمَنٍ[1] ، فلم [2]يَجُزْ بَيْعُه[2] بدُونِه ، كما لو زِيد فيه قبلَ العَقْدِ . وإن زاد بعدَ لزومِ العَقْدِ ، اسْتُحِبَّ للأمِينِ سُؤالُ المُشْتَرِى الإقالَةَ ، واسْتُحِبَّ للمُشْتَرِى الإجابَةُ ؛ لتَعَلُّقِه بمَصْلَحَةِ المُفْلِسِ وقَضاءِ دَيْنِه .

١٩٢٠ – مسألة : (ويَتْرُكَ له مِن مالِه ما تَدْعُو إليه حاجَتُه مِن مَسْكَنٍ وخادِمٍ) لا تُباعُ دارُ المُفْلِسِ التى لا غِنى له[3] عن سُكْناها . وبه قال أبو حَنِيفَةَ ، وإسحاقُ . والخادِمُ فى مَعْنَى الدّارِ إذا كان مُحْتاجًا

الإنصاف

قوله : ويَتْرُكَ له مِن مالِه ما تَدْعُو إليه حاجَتُه مِن مَسْكَنٍ . بلا نِزاعٍ . لكِنْ إنْ كان واسِعًا يفْضُلُ عن سُكْنَى مِثْلِه ، بِيعَ ، واشْتُرِىَ له مَسْكَنُ مِثْلِه . ولابنِ حَمْدانَ احْتِمالٌ ، أنَّ مَنِ ادَّانَ ما اشْتَرَى به مَسْكَنًا ، أنَّه يُباعُ ، ولا يُتْرَكُ . ولو كانَ المَسْكَنُ عَيْنَ[4] مالِ بعضِ الغُرَماءِ ، أخَذَه بالشُّروطِ المُتَقَدِّمَةِ .

(١) فى ر ١ : « بثمنه » .
(٢ – ٢) فى م : « بيعه » .
(٣) فى الأصل : « به » .
(٤) فى الأصل ، ط : « غير » .

الشرح الكبير

إليه . وقال شُرَيْحٌ ، ومالِكٌ ، والشافعيُّ : تُباعُ ، ويُكْتَرَى له بَدَلُها . اخْتارَه ابنُ المُنْذِرِ ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ قال فى الذى أُصِيبَ فى ثِمارٍ ابْتاعَها ، فكَثُرَ دَيْنُه ، فقال لغُرَمائِه : « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ »[1] . وهذا ممّا وَجَدُوه ، ولأنَّه عَيْنُ مالِ المُفْلِسِ ، فوَجَبَ صَرْفُه فى دَيْنِه ، كسائِرِ مالِه . ولَنا ، أنَّ هذا ممّا لا غِنًى للمُفْلِسِ عنه ، فلم يُصْرَفْ فى دَيْنِه ، كثِيابِه وقُوتِه ، والحَديثُ قَضِيَّةٌ فى عَيْنٍ ، يَحْتَمِلُ أنَّه لم يَكُنْ له عَقارٌ ولا خادِمٌ ، ويَحْتَمِلُ أنَّ النبيَّ ﷺ قال : « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ » . [١١٣/٤و] ممّا تُصُدِّقَ به عليه ، والظّاهِرُ أنَّه لم يُتَصَدَّقْ عليه بدارٍ وهو مُحْتاجٌ إلى سُكْناهَا ، ولا خادِمٍ وهو مُحْتَاجٌ إلى خِدْمَتِه ، ولأنَّ الحديثَ مَخْصُوصٌ بثِيابِ المُفْلِسِ وقُوتِه ، فنَقِيسُ عليه مَحَلَّ النِّزاعِ ، وقِياسُهم مُنْتَقِضٌ بذلك ، وبأجْرِ المَسْكَنِ ، وسائِرُ مالِه يَسْتَغْنِى عنه ، بخِلافِ مَسْأَلَتِنا . فإن كان له داران يَسْتَغْنِى بإحْداهما ، بِيعتِ الأُخْرَى ؛ لأنَّ به غِنًى عن سُكْناها . وإن كان مَسْكَنُه واسِعًا يَفْضُلُ عن سُكْنَى مِثْلِه ، بِيعَ ، واشْتُرِىَ له مَسْكَنُ مِثْلِه ، ورُدَّ الفَضْلُ[2] على الغُرَماءِ ، وكذلك الثِّيابُ التى له ، إذا كانت رَفِيعَةً لا يَلْبَسُ مِثْلُه مِثْلَها .

الإنصاف

قوله[3] : وخادِمٍ . بلا نِزاعٍ . لكِنْ بشَرْطِ أنْ لا يكونَ نَفِيسًا ، وكذا المَسْكَنُ . نصَّ عليهما .

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٣٧ .

(٢) فى الأصل : « الفاضل » .

(٣) فى الأصل ، ط : « فائدة » .

الشرح الكبير

فصل : فإن كان المَسْكَنُ والخادِمُ الذى لا يَسْتَغْنِى عنهما عَيْنَ مالِ بعضِ الغُرَماءِ ، أو كان جَمِيعُ أمْوالِه[1] أعْيانَ أمْوالٍ أفْلَسَ بأثْمانِها ، ووَجَدَها أصْحابُها ، فلهم أخْذُها بالشَّرائِطِ المَذْكُورةِ ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « مَنْ وَجَدَ مَتاعَهُ بعَيْنِه عَنْدَ رَجُلٍ قَدْ أفْلَسَ ، فَهُوَ أحَقُّ بِهِ »[2] . ولأنَّ حَقَّه تَعَلَّقَ بالعَيْنِ ، فكان أقْوَى سَبَبًا مِن المُفْلِسِ ، ولأنَّ الإِعْسارَ بالثَّمَنِ سَبَبٌ يَسْتَحِقُّ به الفَسْخَ ، فلم يَمْنَعْ منه تَعَلُّقُ حاجَةِ المُشْتَرِى ، كما قبلَ القَبْضِ ، وكالعَيْبِ ، والخِيارِ . ولأنَّ مَنْعَهم مِن أخْذِ أمْوالِهم يَفْتَحُ بابَ الحِيَلِ ، بأن يَشْتَرِىَ مَن لا مالَ له فى ذِمَّتِه ثِيابًا يَلْبَسُها ، ودارًا يَسْكُنُها ، وخادِمًا يَخْدِمُه ، وفَرَسًا يَرْكَبُها ، وطَعامًا له ولعائِلَتِه ، ويَمْتَنِعُ على أرْبابِها أخْذُها ؛ لتَعَلُّقِ حاجَتِه بها ، فتَضِيعُ أمْوالُهم ويَسْتَغْنِى هو بها . فعلى هذا ، يُؤْخَذُ ذلك ، ولا يُتْرَكُ له منه شىءٌ ؛ لأنَّه أعْيانُ أمْوالِ النّاسِ ، فكانُوا أحَقَّ بها منه ، كما لو كانت فى أيْدِيهم ، أو أخَذَها منهم غَصْبًا .

الإنصاف

فائدة[3] : يُتْرَكُ له أيضًا آلَةُ حِرْفَةٍ ، فإنْ لم يَكُنْ صاحِبَ [٢/ ١٣٩و] حِرْفَةٍ ، تُرِكَ له ما يَتْجُرُ به . نصَّ عليه . وجزَم به ناظِمُ « المُفْرَداتِ » وغيرُه ، وهو منها . وقال فى « المُوجَزِ » ، و « التَّبْصِرَةِ » : ويُتْرَكُ له أيضًا فَرَسٌ يَحْتاجُ إلى رُكُوبِها . وقال فى « الرَّوْضَةِ » : يُتْرَكُ له دَابَّةٌ يحْتاجُها . ونقَل عَبْدُ اللهِ ، يُباعُ الكُلُّ إلَّا المَسْكَنَ ، وما يُوازِيه مِن ثِيابٍ ، وخادِمٍ يحْتاجُه .

---

(١) فى م : « ماله » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٥٥ .

(٣) فى الأصل ، ط « تنبيه » .

المقنع وَيُنْفِقَ عَلَيْهِ بِالْمَعْرُوفِ إِلَى أَنْ يَفْرَغَ مِنْ قَسْمِهِ بَيْنَ غُرَمَائِهِ .

الشرح الكبير **١٩٢١** – مسألة : (ويُنْفِقَ عليه بالمَعْرُوفِ إلى أنْ يَفْرَغَ مِن قَسْمِهِ بينَ غُرَمائِه) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّه إذا حُجِر على المُفْلِسِ ، فإن كان ذا كَسْبٍ يَفِى بنَفَقَتِه ونَفقةِ مَن تَلْزَمُه مُؤْنَتُه ، فهى فى كَسْبِه ، فإنَّه لا حاجَةَ إلى إخْراجِ مالِه مع غِناه بكَسْبِه ، فلم يَجُزْ ، كالزِّيادَةِ على النَّفَقَةِ . وإن كان كَسْبُه دُونَ نَفَقَتِه كُمِّلَتْ مِن مالِه . وإن لم يكنْ ذا كسبٍ أُنْفِقَ عليه مِن مالِه مُدَّةَ الحَجْرِ وإن طال ؛ لأنَّ مِلْكَه باقٍ ، وقد قال النبىُّ ﷺ : « ابْدَأْ بنَفْسِكَ ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ »[1] . ومَعْلُومٌ أنَّ فى مَن يَعُولُه مَن تَجِبُ نَفَقَتُه عليه ، ويكونُ دَيْنًا عليه ، وهى زَوْجَتُه ، فإذا قَدَّمَ نَفَقَةَ نَفْسِه على نفقةِ الزَّوْجَةِ ، فكذلك على حَقِّ الغُرَماءِ ، ولأنَّ تَجْهيزَ المَيِّتِ يُقَدَّمُ على دَيْنِه [١١٣/٤ظ] بالاتِّفاقِ ، والحَىُّ آكَدُ حُرْمَةً مِن المَيِّتِ ؛ لأنَّه مَضْمُونٌ بالإتْلافِ . ويُقَدَّمُ

الإنصاف **تنبيه**[2] : مُرادُ المُصَنِّفِ وغيرِه بتَرْكِ المَسْكَنِ والخادِمِ وغيرِهما ، إذا لم يَكُنْ عَيْنَ[3] مالِ الغُرَماءِ . وأمَّا إنْ كان عَيْنَ[3] مالِهم ، فإنَّه لا يُتْرَكُ له منه شئٌ ، ولو كان مُحْتاجًا إليه . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهما . وهو واضِحٌ . فكَلامُهم هنا مَخْصُوصٌ بما تقدَّم .

قوله: ويُنفِقَ عليه بالمَعْرُوف إلى أنْ يَفْرَغَ مِن قَسْمِه بينَ غُرَمائِه. يعْنِى، عليه وعلى عِيالِه . ومِنَ النَّفَقَةِ كُسْوَتُه وكُسْوَةُ عِيالِه . وهذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ مُطْلَقًا ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى

---

(١) تقدم تخريجه فى ٣٤٠/٦ .

(٢) فى الأصل ، ط « قوله » .

(٣) فى الأصل ، ط : « غير » .

الشرح الكبير

أَيْضًا نَفَقَةُ مَن تَلْزَمُه نَفَقَتُه مِن أقارِبه ؛ مثلَ الوالِدِ[1] والوَلَدِ ، وغَيْرِهم مِمَّن تَجِبُ نَفَقَتُه ؛ لأنَّهم يَجْرُون مَجْرَى نَفْسِه ، فى كَوْنِ ذوى رَحِمِه منهم ، يَعْتِقُون إذا مَلَكَهم ، كما يَعْتِقُ إذا مَلَك نَفْسَه ، فكانت نَفَقَتُهم كنَفَقَتِه ، وكذلك نَفَقَةُ زَوْجَتِه ؛ لأنَّ نَفَقَتَها آكَدُ مِن نَفَقَةِ الأقارِبِ ؛ [2]لأنها تَجِبُ مِن طَرِيقِ المُعاوَضَةِ ، وفيها مَعْنَى الإِحْياءِ ، كما فى الأقارِبِ[2] . ومِمَّن أوْجَبَ الإنْفاقَ على المُفْلِسِ وزَوْجَتِه وأوْلادِه ؛ أبو حَنِيفَةَ ، ومالِكٌ ، والشافعيُّ . ولا نَعْلَمُ فيه خِلافًا . وتَجِبُ كُسْوَتُهم ؛ لأنَّ ذلك مِمّا لا بُدَّ منه . والواجِبُ مِن النَّفَقَةِ والكُسْوَةِ أدْنَى ما يُنْفَقُ على مِثْلِه بالمَعْرُوفِ ، وأدْنَى ما يَكْتَسِى مِثْلُه ، وكذلك كُسْوَتُه مِن جِنْسِ ما يَكْتَسِيه[3] مِثْلُه ، وكُسْوَةُ امْرَأَتِه ونَفَقَتُها مثلُ ما يُفْرَضُ على مِثْلِه . وأقَلُّ ما يَكْفِيه مِن اللِّباسِ قَمِيصٌ وسَراوِيلُ ، وشيءٌ يَلْبَسُه على رَأْسِه ؛ قَلَنْسُوَةٌ ، أو عِمامَةٌ ، أو غيرُها[4] ممّا جَرَتْ عادَتُه به[5] ، ولرِجْلِه حِذاءٌ ، إن كان يَعْتادُه ، وجُبَّةٌ أو فَرْوَةٌ فى الشِّتاءِ لدَفْعِ البَرْدِ . فإن كانت له ثِيابٌ لا يَلْبَسُ

الإنصاف

« الفُروعِ » وغيرِه . وقال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : محَلُّ هذا إذا لم يَكُنْ له كَسْبٌ ، وأمَّا إنْ كان يقْدِرُ على التَّكَسُّبِ ، لم يُتْرَكْ له شيءٌ مِنَ النَّفَقَةِ . وقطَعا به . وهو قَوِيٌّ .

---

(1) فى م : « الولد » .

(2 - 2) سقط من : م .

(3) فى م : « يكتسبه » .

(4) فى ق ، م : « غيرهما » .

(5) زيادة من : ر 1 .

الشرح الكبير

مِثْلُه مِثْلَها ، بِيعَتْ ، واشْتُرِىَ له كُسْوَةُ مِثْلِه ، ورُدَّ الفَضْلُ على الغُرَماءِ ، فإن كانت إذا بِيعَتْ واشْتُرِىَ له كُسْوَةُ مثلِه لا يَفْضُلُ منها شىءٌ ، تُرِكَتْ ؛ لعَدَمِ الفائِدَةِ فى بَيْعِها .

فصل : وإن مات المُفْلِسُ ، كُفِّنَ مِن مالِه ؛ لأنَّ نَفَقَتَه كانت واجبَةً مِن مالِه فى حالِ حَياتِه ، فوَجَبَ تَجْهِيزُه منه بعد المَوْتِ ، كغيرِه . وكذلك يَجِبُ كَفَنُ مَنْ يَمُونُه ؛ لأنَّهم بمَنْزِلَتِه . ولا يَلْزَمُ كَفَنُ زَوْجَتِه ؛ لأنَّ نفقتَها تَجِبُ فى مُقابلَةِ الاسْتِمْتاعِ ، وقد فات بمَوْتِها ، فسَقَطَتْ ، بخِلافِ الأقارِبِ ؛ فإنَّ قَرابَتَهم باقِيَةٌ . ويَلْزَمُه تكْفِينُ مَن مات مِن عَبِيدِه وتَجْهِيزُه ؛ لأنَّ نَفَقَتَه ليست فى مُقابَلَةِ الانْتِفاعِ به ، بدَلِيلِ وُجوبِ نَفقةِ الصَّغِيرِ ، والمَبِيعِ قبلَ التَّسْلِيمِ . ويُكَفَّنُ فى ثَلاثَةِ أثْوابٍ ، كما كان يَلْبَسُ فى حَياتِه . ويَحْتَمِلُ أن يُكَفَّنَ فى ثَوْبٍ يَسْتُرُه ؛ لأنه يَكْفِيه ، فلا حاجَةَ إلى الزِّيادَةِ . وفارَقَ حالَ الحَياةِ ؛ لأنه لابُدَّ مِن تَغْطِيَةِ رَأْسِه ، وكَشْفُه يُؤْذِيه ، بخِلافِ المَيِّتِ . ويَمْتَدُّ الإِنْفاقُ المَذْكُورُ إلى حِينِ فَراغِه مِن القِسْمَةِ بينَ الغُرَماءِ ؛ لأنَّه لا يَزُولُ مِلْكُه إلَّا بذلك . ومَذْهَبُ الشافعىِّ قَرِيبٌ ممّا ذَكَرْنا فى هذا الفَصْلِ .

فصل : وإن كان المُفْلِسُ ذا صَنْعَةٍ ، يَكْسِبُ ما يَمُونُه ويَمُونُ مَن تَلْزَمُه مُؤْنَتُه ، أو كان يَقْدِرُ على أن يَكْسِبَ[1] مِن المُباحَاتِ ما يَكْفِيه ، أو يُؤْجِرَ

الإنصاف

فائدة : لو ماتَ ، جُهِّزَ مِن مالِه ، كنَفَقَةٍ . قالَه فى « الفائقِ » وغيْرِه .

---

(١) بعده فى الأصل ، ر ، ق ، م : « ذلك » .

الشرح الكبير

نَفْسَه ، أو يَتَوَكَّلَ لإنْسانٍ[1] بجُعْلٍ يَكْفِيه ، لم يُتْرَكْ له شيءٌ مِن مالِه للنَّفَقَةِ . وإن لم يَقْدِرْ على شيءٍ ممّا ذَكَرْناه ، تُرِك [٤/١١٤و] له مِن مالِه قَدْرُ ما يَكْفِيه . قال أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، فى رِوايَةِ أبى داودَ : يُتْرَكُ له قُوتٌ يَتَقَوَّتُه ، وإن كان له عِيالٌ تُرِك له قِوامٌ . وقال ، فى رِوايَةِ المَيْمُونِىِّ : يُتْرَكُ له قَدْرُ ما يَقُومُ به مَعاشُه ، ويُباعُ الباقِى . وهذا فى حَقِّ الشَّيْخِ الكَبِيرِ وذوى الهَيْئاتِ الذين لا يُمْكِنُهم التَّصَرُّفُ بأبْدانِهم . ويَنْبَغِى أن يُجْعَلَ ممّا لا يَتَعَلَّقُ به حَقُّ بَعْضِهم بعَيْنِه ؛ لأنَّ مَن تَعَلَّقَ حَقُّه بالعَيْنِ أقْوَى سَبَبًا مِن غيرِه ، كما ذَكَرْنا فى الدّارِ والخادِمِ .

فصل : وإذا تَلِف شىءٌ مِن (٢ مالِ المُفْلِسِ ٢) تَحْتَ يَدِ الأمِينِ ، أو بِيعَ شىءٌ مِن مالِه وأُودِعَ ثَمَنُه ، فتَلِفَ عندَ المُودَعِ ، فهو مِن ضَمانِ المُفْلِسِ . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال مالكٌ : العُرُوضُ مِن مالِه ، والدَّراهِمُ والدَّنانيرُ مِن مالِ الغُرَماءِ . وقال المُغِيرَةُ : الدَّنانيرُ مِن مالِ أصْحابِ الدَّنانيرِ ، والدَّراهِمُ مِن مالِ أصْحابِ الدَّراهِمِ . ولَنا ، أنَّه مِن مالِ المُفْلِسِ[3] ، ونَماؤُه له[4] ، فكان تَلَفُه مِن[4] مالِه ، كالعُرُوضِ .

(١) سقط من : م .
(٢ - ٢) فى م : « ماله » .
(٣) فى م : « الفلس » .
(٤) سقط من : الأصل .

المقنع

وَيَبْدَأُ بِبَيْعِ مَا يُسْرِعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ ، ثُمَّ بِالْحَيَوانِ ، ثُمَّ بِالْأَثَاثِ ، ثُمَّ بِالْعَقَارِ . وَيُعْطِى الْمُنَادِىَ أُجْرَتَهُ مِنَ الْمَالِ .

الشرح الكبير

١٩٢٢ – مسألة : (ويَبْدَأُ بِبَيْعِ ما يُسْرِعُ إليه الفَسَادُ) مِن الطَّعامِ الرَّطْبِ ؛ لأنَّ بَقاءَه يُتْلِفُه بيَقِينٍ (ثم) ببَيْعِ (الحَيوانِ) لأنَّه مُعَرَّضٌ للإتْلافِ ، ويَحْتاجُ إلى مُؤْنَةٍ فى بَقائِه (ثم) ببَيْعِ (الأثاثِ) لأنَّه يُخافُ عليه ، وتَنالُه اليَدُ (ثم) ببَيْعِ (العَقارِ) آخِرًا ؛ لأنَّه لا يُخافُ تَلَفُه ، وبَقاؤُه أشْهَرُ له ، وأكْثَرُ لطُلَّابه .

١٩٢٣ – مسألة : (ويُعْطِى المُنادِىَ أُجْرَتَه مِن المالِ) لأنَّ البَيْعَ حَقٌّ على المُفْلِسِ ؛ لكَوْنِه طَرِيقَ وَفاءِ دَيْنِه . وقِيلَ : هو مِن بَيْتِ المالِ ؛ لأنَّه مِن المَصالِحِ .

الإنصاف

قوله : ويُعْطِى المُنادِىَ – يعْنِى ونحوَه – أجْرَتَه مِنَ المالِ . والمُرادُ ، إذا لم يُوجَدْ مُتَطَوِّعٌ . وهذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ؛ منهم ابنُ عَقِيلٍ . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقيل : إنَّما يُعْطَى مِن بَيْتِ المالِ إنْ أمْكَنَ ؛ لأنَّه مِنَ المَصالِحِ . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « إدْراكِ الغايَةِ » . وقدَّمه فى « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . قال فى « الفائقِ » : وأُجْرَةُ المُنادِى مِنَ الثَّمَنِ ، إنْ فُقِدَ مُتَطَوِّعٌ . وقيل : مِن بَيْتِ المالِ إنْ تعذَّرَ . قال فى « الحاوِيَيْن » : وحقُّ المُنادِى مِنَ الثَّمَنِ ، إنْ فُقِدَ مَن يتطَوَّعُ بالنِّداءِ ، وتعذَّرَ مِن بَيْتِ المالِ . وقدَّمه

المقنع

وَيَبْدَأُ بِالْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ، فَيَدْفَعُ إِلَيْهِ الْأَقَلَّ مِنَ الْأَرْشِ أَوْ ثَمَنِ الْجَانِي ، ثُمَّ بِمَنْ لَهُ رَهْنٌ ، فَيُخَصُّ بِثَمَنِهِ ، فَإِنْ فَضَلَ لَهُ فَضْلٌ ، ضَرَبَ بِهِ مَعَ الْغُرَمَاءِ ، وَإِنْ فَضَلَ مِنْهُ فَضْلٌ ، رُدَّ عَلَى الْمَالِ .

الشرح الكبير

١٩٢٤ – مسألة : (ويَبْدَأُ بالمَجْنِيِّ عليه ، فيَدْفَعُ إليه الأقَلَّ مِن الأَرْشِ أو ثَمَنِ الجانِي) وقد ذَكَرْنا ذلك[1] فى الرَّهْنِ ، هذا إذا كان عَبْدُه الجانِيَ . فعلى هذا ، يَبْدَأُ ببَيْعِه ، وما فَضَل مِن ثَمَنِه صُرِف إلى الغُرَماء . فإن كان المُفلِسُ هو الجانِيَ ، فالمَجْنِيُّ عليه أُسْوَةُ الغُرَماءِ ؛ لأنَّ حَقَّه يَتَعَلَّقُ بالذِّمَّةِ ، بخِلافِ جِنايَةِ العَبْدِ ، وقد ذَكَرْناه .

١٩٢٥ – مسألة : (ثم بمَن له رَهْنٌ ، فيُخَصُّ بثَمَنِه) يُباعُ[2] الرَّهْنُ ويَخْتَصُّ المُرْتَهِنُ بثَمَنِه ، إن كان ثَمَنُه بقَدْرِ دَيْنِه أو أقَلَّ منه ، سَواءٌ كان المُفْلِسُ حَيًّا أو مَيِّتًا ؛ لأنَّ حَقَّه مُتَعَلِّقٌ بعَيْنِ الرَّهْنِ وذِمَّةِ الرّاهِنِ معًا ،

الإنصاف

فى « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وقال ابنُ عَقِيلٍ : هى مِن مالِ المُفْلِسِ ابْتِداءً . انتهى . وفى القَوْلِ الثَّانِى ، نَظَرٌ . ولعَلَّ النُّسْخَةَ مَغْلُوطَةٌ .

تنبيه : مُرادُه بقَوْلِه : ويَبْدَأُ بالمَجْنِيِّ عليه . إذا كان الجانِى عَبْدَ المُفْلِسِ ، بدَليلِ قَوْلِه : فيَدْفَعُ إليه الأقَلَّ مِنَ الأَرْشِ أو ثَمَنِ الجانِى . وسواءٌ كانتِ الجِنايَةُ عليه قبلَ الحَجْرِ أو بعدَه . جزَم به فى « الفُروعِ » وغيرِه . وأمَّا إنْ كان المُفْلِسُ هو الجانِى ، فالمَجْنِيُّ عليه أُسْوَةُ الغُرَماءِ ؛ لأنَّ حقَّه مُتَعَلِّقٌ بالذِّمَّةِ .

قوله : ثم بمَن له رَهْنٌ ، فيَخْتَصُّ بثَمَنِه . ظاهِرُه ، أنَّه سواءٌ كان الرَّهْنُ لازِمًا ،

---

(١) سقط من : الأصل .
(٢) فى الأصل : « ثم يباع » .

الشرح الكبير

وسائرُهم يَتعَلَّقُ حقُّه[1] بالذِّمَّةِ دُونَ العَيْنِ ، فكان حَقُّه أقْوَى . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ ، وأصْحاب الرَّأْىِ . فإن كان فى[2] ثَمَنِ الرَّهْنِ فَضْلٌ عن دَيْنِ المُرْتَهِنِ ، أُعْطِىَ قَدْرَ دَيْنِه ، ورُدَّ الباقِى على الغُرَماءِ . وإن فَضَل شَىْءٌ مِن دَيْنِه ، ضَرَب بالفاضِلِ مع الغُرَماءِ .

فصل : ولو باع شيئًا أو باعَه وَكِيلُه ، وقَبَض الثَّمَنَ ، فتَلِفَ وتَعذَّرَ رَدُّه ، وخَرَجَتِ السِّلْعَةُ مُسْتَحَقَّةً ، [٤/١١٤ظ] ساوَى المُشْتَرِى الغُرَماءَ ؛ لأنَّ حَقَّه لم يَتعَلَّقْ بعَيْنِ المالِ ، فهو بمَنْزِلَةِ أَرْشِ جِنايَةِ المُفْلِسِ . وذَكَر القاضى احْتِمالًا ، أنَّه يُقَدَّمُ على الغُرَماءِ ؛ لأنَّه لم يَرْضَ بمُجَرَّدِ الذِّمَّةِ ، فكان أوْلَى ، كالمُرْتَهِنِ ، ولأنَّه لو لم يُقَدَّمْ على الغُرَماءِ ، لامْتَنَع النّاسُ مِن شراءِ مالِ المُفْلِسِ ، خَوْفًا مِن ضَياعِ أمْوالِهم ، فتَقِلُّ الرَّغَباتُ فيه ، ويَقِلُّ ثَمَنُه ، فكان تَقْدِيمُ المُشْتَرِى بذلك على الغُرَماءِ أنْفَعَ لهم . وهذا وَجْهٌ لأصْحابِ الشافعىِّ . ولَنا ، أنَّ هذا حَقٌّ لم يَتعَلَّقْ بعَيْنِ المالِ ، فلم يُقَدَّمْ ، كالذى جَنَى عليه المُفْلِسُ . وفارَقَ المُرْتَهِنَ ، فإنَّ حَقَّه تَعَلَّقَ بالعَيْنِ ، وما ذَكَرُوهُ مِن المَعْنَى الأوَّلِ مُنْتَقِضٌ بأَرْشِ جِنايَةِ المُفْلِسِ ، والثانى مَصْلَحَةٌ لا أصْلَ

الإنصاف

أوْ لا . وهو ظاهِرُ كلامِه فى « المُحَرَّرِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . قال فى « الفُروعِ » : ولم يُقَيِّدْه جماعَةٌ باللُّزومِ . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه لا يَخْتَصُّ بثَمَنِه إلَّا إذا كان لازِمًا . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وعنه ، إذا ماتَ الرَّاهِنُ أو أفْلَسَ ، فالمُرْتَهِنُ أحَقُّ به . ولم يَعْتَبِرْ وُجودَ

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

لها ، فلا يَثْبُتُ الحُكْمُ بها[1] . فإن كان[2] الثَّمَنُ مَوْجُودًا يُمْكِنُ رَدُّه ، وَجَب رَدُّه ، ويَنْفَرِدُ به[2] صاحِبُه ؛ لأنَّه عَيْنُ مالِه ، لم يَتَعَلَّقْ به حَقُّ أحَدٍ مِن النّاسِ ، وكذلك صاحِبُ السِّلْعَةِ المُسْتَحَقَّةِ يَأْخُذُها . ومتى باع وَكِيلُ المُفْلِسِ أو العَدْلُ ، أو باع الرَّهْنَ ، وخَرَجَتِ السِّلْعَةُ مُسْتَحَقَّةً ، فالعُهْدَةُ على المُفْلِسِ ، ولا شيءَ على العَدْلِ ؛ لأنَّه أمِينٌ .

فصل : ومَن اسْتَأْجَرَ دارًا أو بَعِيرًا بعَيْنِه ، أو شيئًا غيرَهما بعَيْنِه ، ثم أفْلَسَ المُؤْجِرُ ، فَالمُسْتَأْجِرُ أحَقُّ بالعَيْنِ التى اسْتَأْجَرَها مِن الغُرَماءِ حتى يَسْتَوْفِيَ حَقَّه ؛ لأنَّ حَقَّه مُتَعَلِّقٌ بعَيْنِ المالِ ، والمَنْفَعَةُ مَمْلُوكَةٌ له فى هذه المُدَّةِ ، فكان أحقَّ بها ، كما لو اشْتَرَى منه شيْئًا . فإن هَلَكَ البَعِيرُ ، أو انْهَدَمَتِ الدّارُ قبلَ انْقِضاءِ المدةِ ، انْفَسَخَتِ الإجارَةُ ، ويَضْرِبُ مع الغُرَماءِ ببَقِيَّةِ الأُجْرَةِ . وإنِ اسْتَأْجَرَ جَمَلًا فى الذِّمَّةِ ثم أفْلَسَ المُؤْجِرُ ، فالمُسْتَأْجِرُ أُسْوَةُ الغُرَماءِ ؛ لأنَّ حَقَّه لم يَتَعَلَّقْ بالعَيْنِ . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ . ولا نَعْلَمُ فيه خِلافًا . فإن أجَرَ دارًا ، ثم أفْلَسَ ، فاتَّفَقَ الغُرَماءُ والمُفْلِسُ على

الإنصاف

قَبْضِه بعدَ مَوْتِه أو قبلَه . وقال فى « الفائقِ » : ثم يخْتَصُّ مَن له رَهْنٌ بثَمَنِه ، فى أصحِّ الوَجْهَيْن . وقال فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » : يَخْتَصُّ بثَمَنِ الرَّهْنِ ، على الأصحِّ . فحكَى الخِلافَ رِوايتَيْن . وذكَرَهما ابنُ عَقيلٍ وغيرُه فى صُورَةِ المَوْتِ ؛ لعَدَمِ رِضاه بذِمَّتِه ، بخِلافِ مَوْتِ بائعٍ وجَد مَتاعَه . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، بعدَ أنْ قدَّم المذهبَ : وعنه ، أنَّه بعدَ المَوْتِ أُسْوَةُ الغُرَماءِ مُطْلَقًا .

---

(١) فى الأصل : « فيها » .

(٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

البَيْعِ قبلَ انْقِضاءِ مُدَّةِ الإجارَةِ ، فلهم ذلك ، ويَبِيعُونَها مُسْتأْجَرَةً ، فإنِ اخْتَلَفُوا ، قُدِّمَ قولُ مَن طَلَب البَيْعَ فى الحالِ ؛ لأنَّه أحْوَطُ مِن التَّأْخِيرِ ، فإذا اسْتَوْفَى المُسْتَأْجِرُ ، تَسَلَّمَ المُشْتَرِى . وإنِ اتَّفَقُوا على تأْخِيرِ البَيْعِ حتى تَنْقَضِىَ مُدَّةُ الإجارَةِ ، فلهم ذلك ؛ لأنَّ الحَقَّ لا يَخْرُجُ عنهم .

فصل : ولو باع سِلْعَةً ، ثم أفْلَسَ قبلَ تَقْبِيضِها ، فالمُشْتَرِى أحَقُّ بها مِن الغُرَماءِ ، سَواءٌ كانت مِن المَكِيلِ والمَوْزُونِ أو لم تكُنْ ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ قد مَلَكَها وثَبَت مِلْكُه فيها ، فكان أحَقَّ بها ، كما لو قَبَضَها ، ولا فَرْقَ بينَ ما قبلَ قَبْضِ الثَّمَنِ وبعدَه . وإنْ كان عليه سَلَمٌ ، فوَجَدَ المُسْلِمُ الثَّمَنَ قائِمًا ، فهو أحَقُّ به ؛ لأنَّه وَجَد عَيْنَ مالِه ، وإن لم يَجِدْه فهو أُسْوَةُ الغُرَماءِ ؛ لأنَّه لم يَتَعَلَّقْ حَقُّه بعَيْنِ مالٍ[1] ولا ثَبَت مِلْكُه فيه ، ويَضْرِبُ مع الغُرَماءِ بالمُسْلَمِ فيه ؛ لأنَّه الذى يَسْتَحِقُّه دُونَ الثَّمَنِ . فإن كان فى المالِ جِنْسُ حَقِّه ، أخَذَ منه بقَدْرِ ما يَسْتَحِقُّه ، وإن لم يَكُنْ [٤/١١٥و] فيه جِنْسُ حَقِّه ، عُزِل له قَدْرُ حَقِّه ، فيَشْتَرِى به المُسْلَمَ فيه ، فيَأْخُذُه . وليس له أن يَأْخُذَ المَعْزُولَ بعَيْنِه ؛ لِئَلَّا يكونَ بَدَلًا عمّا فى الذِّمَّةِ مِن المُسْلَمِ فيه ، وذلك لا يَجُوزُ ؛ لقَوْلِه عليه السَّلامُ : « مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ ، فَلَا يَصْرِفْهُ إِلَى

الإنصاف

قوله : فإنْ فضَل له فَضْلٌ ، ضرَب به مع الغُرَماءِ ، وإنْ فضَل منه فَضْلٌ ، رُدَّ على المالِ . وتقدَّم أنَّ الفاضِلَ يُرَدُّ على المالِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، كما جزَم به هنا ، وأنَّ القاضِىَ اخْتارَ أنَّ بائعَه أحقُّ بالفاضِلِ ، وله الرُّجوعُ فيه .

---

(١) فى ر ١ ، م : « ماله » .

المقنع

ثُمَّ بِمَنْ لَهُ عَيْنُ مَالٍ يَأْخُذُهَا ، ثُمَّ يَقْسِمُ الْبَاقِيَ بَيْنَ بَاقِي الْغُرَمَاءِ عَلَى قَدْرِ دُيُونِهِمْ .

الشرح الكبير

غَيْرِه »[1] . فإنْ أمْكَنَ أن يَشْتَرِيَ بالمَعْزُولِ أكْثَرَ ممّا قُدِّرَ له ؛ لرُخْصِ المُسْلَمِ فيه ، اشْتُرِيَ له بِقَدْرِ حَقِّه ، ورُدَّ الباقى على الغُرَماءِ . مِثالُه ؛ رجلٌ أفْلَسَ وله دِينارٌ ، وعليه لرجلٍ دِينارٌ ، ولآخرَ قَفِيزُ حِنْطَةٍ مِن سَلَمٍ قِيمَتُه دِينارٌ ، فإنَّه يُقْسَمُ دِينارُ المُفْلِسِ نِصْفَيْن ؛ لصاحِبِ السَّلَمِ نِصْفُه ، فإن رَخُصَتِ الحِنْطَةُ ، فصار قِيمَةُ القَفِيزِ نِصْفَ دِينارٍ ، تَبَيَّنّا أنَّ حَقَّه مِثْلُ نِصْفِ حَقِّ صاحِبِ الدِّينارِ ، فلا يَسْتَحِقُّ مِن دِينارِ المُفْلِسِ إلَّا ثُلُثَه ، يُشْتَرَى له به ثُلُثا قَفِيزٍ ، فيَأْخُذُه ، ويُرَدُّ سُدْسُ الدِّينارِ على الغَرِيمِ الآخَرِ . وإن غَلا المُسْلَمُ فيه ، فصار قِيمَةُ القَفِيزِ دِينارَيْنِ ، تَبَيَّنّا أنَّه يَسْتَحِقُّ مِثْلَيْ ما يَسْتَحِقُّه صاحِبُ الدِّينارِ ، فيكونُ له مِن دِينارِ المُفْلِسِ ثُلُثاه ، فيُشْتَرَى له بالنِّصْفِ المَعْزُولِ ، ويُرْجَعُ على الغَرِيمِ بسُدْسِ دِينارٍ ، يُشْتَرَى له به أيضًا ؛ لأنَّ المَعْزُولَ مِلْكٌ للمُفْلِسِ ، وإنَّما للغَرِيمِ قَدْرُ حَقِّه ، فإن زاد فللمُفْلِسِ ، وإن نَقَص فعليه .

١٩٢٦ – مسألة : (ثم بمَن له عَيْنُ مالٍ يَأْخُذُها) بالشُّرُوطِ المَذْكُورَةِ ، وقد ذَكَرْنا ذلك (ثم يَقْسِمُ الباقِيَ بينَ باقِي الغُرَماءِ على قَدْرِ دُيُونِهم) لتَساوِيهم فى الاسْتِحْقاقِ . فإن كانت دُيُونُهم مِن جِنْسٍ

الإنصاف

قوله : ثم بمَن له عَيْنُ مالٍ يأْخُذُها . يعْنِى ، بالشُّروطِ المُتقَدِّمَةِ . وكلامُه هنا أعَمُّ ؛ فيَدْخُلُ عَيْنُ القَرْضِ ، ورَأْسُ مالِ السَّلَمِ ، وغيرُهما ، كما تقدَّم . وكذا

---

(١) تقدم تخريجه فى ١٢/٢٥١ .

المقنع

فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مَنْ لَهُ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، لَمْ يَحِلَّ . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ يَحِلُّ ، فَيُشَارِكُهُمْ .

الشرح الكبير

الأثْمانِ ، أخَذُوها ؛ (١)لأنَّ ذلك هو المَقْصُودُ مِن بَيْعِ مالِه ، فلو قَضَى المفلسُ والحاكِمُ بَعْضَهم وَحْدَه ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّهم شُركاؤُه ، فلم يَجُزِ اخْتِصاصُه(٢) دُونَهم(١) ، وإن كان فيهم مَن دَيْنُه مِن غيرِ جِنْسِ الأثْمانِ ، كالقَرْضِ لغيرِ الأثْمانِ ، فرَضِيَ أن يَأْخُذَ عِوَضَ حَقِّه مِن الأثْمانِ ، جاز ، وإنِ امْتَنَعَ وطَلَب جِنْسَ حَقِّه ، اشْتُرِىَ له بحِصَّتِه مِن الثَّمَنِ مِن جِنْسِ دَيْنِه . ولو أراد الغَرِيمُ الأخْذَ مِن المالِ المَجْمُوعِ ، وقال المُفْلِسُ : لا أقْضِيك إلَّا مِن جِنْسِ دَيْنِك . قُدِّمَ قولُ المُفْلِسِ ؛ لأنَّ هذه مُعاوَضَةٌ ، فلا تَجُوزُ إلَّا بتَراضِيهما .

١٩٢٧ – مسألة : (فإن كان فيهم مَن له دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، لم يَحِلَّ . وعنه ، أنَّه يَحِلُّ ، فيُشارِكُهم) لا يَحِلُّ الدَّيْنُ المُؤَجَّلُ بفَلَسِ مَن هو عليه .

الإنصاف

المُسْتَأْجِرُ مِنَ المُفْلِسِ أحقُّ بالمَنافِعِ مُدَّةَ الإجارَةِ مِن بَقِيَّةِ الغُرَماءِ ، على ما تقدَّم قريبًا .

قوله : ثم يَقْسِمُ الباقِىَ بينَ باقِى الغُرَماءِ على قَدْرِ دُيُونِهم ؛ فإنْ كان فيهم مَن له دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، لم يَحِلَّ . هذا إحْدَى الرِّواياتِ . وهو المذهبُ . قال الزَّرْكَشِىُّ :

(١ - ١) سقط من : م .
وجاء فى الأصل بعد قوله : « اشترى له بحصته من الثمن من جنس دينه » . الآتى .
(٢) فى الأصل : « اختصاصهم » .

الشرح الكبير

ذَكَرَه القاضِى ، رِوايَةً واحِدَةً . وحَكَى أبو الخَطّابِ فيه رِوايَةً أُخْرَى ، أنَّه يَحِلُّ . وهو قولُ مالِكٍ . وعن الشافعىِّ كالمَذْهَبَيْن . واحْتَجُّوا بأنَّ الإِفلاسَ يَتَعَلَّقُ به الدَّيْنُ بالمالِ ، فأسْقَطَ الأجَلَ ، كالمَوْتِ . ولَنا ، أنَّ الأَجَلَ حَقٌّ للمُفْلِسِ ، فلا يَسْقُطُ بفَلَسِه ، كسائِرِ حُقُوقِه ، ولأنَّه لا يُوجِبُ حُلُولَ مالِه ، فلا يُوجِبُ حُلُولَ ما عليه ، كالجُنُونِ والإِغْماءِ ، ولأنَّه دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ على حَىٍّ ، فلم يَحِلَّ قبلَ [٤/١١٥ظ] أجَلِه ، كغَيْرِ المُفْلِسِ . والأصْلُ المَقِيسُ عليه مَمْنُوعٌ ، وإن سُلِّمَ ، فالفَرْقُ بينهما أنَّ ذِمَّتَه خَرِبَتْ ،

الإنصاف

هذا المذهبُ المَشْهورُ . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : هذا المذهبُ . وهو أصحُّ . قال القاضى : لا يحِلُّ الدَّيْنُ بالفَلَسِ ، رِوايَةً واحِدَةً . قال فى « التَّلْخِيصِ » : لا يحِلُّ الثَّمَنُ المُؤَجَّلُ بالفلَسِ ، على الأصحِّ . قال فى « الخُلاصَةِ » : وإنْ كان له دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، لم يُشارِكْ ، على الأصحِّ . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وجزَم به فى « العُمْدَةِ » وغيرِه . وعنه ، يَحِلُّ . ذكَرَها أبو الخَطَّابِ . قال ابنُ رَزِينٍ : وليس بشىءٍ . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » . وعنه ، لا يَحِلُّ إذا [٢/ ١٣٩ظ] وُثِّقَ برَهْنٍ ، أو كَفِيلٍ مَلِئٍ ، وإلَّا حَلَّ . نقَلَها ابنُ مَنْصُورٍ . فمتى قُلْنا : يَحِلُّ . فهو كبَقِيَّةِ الدُّيونِ الحالَّةِ . ومتى قُلْنا : لا يَحِلُّ . لم يُوقَفْ لرَبِّه شىءٌ ، ولا يَرْجِعُ على الغُرَماءِ به إذا حَلَّ . لكِنْ إنْ حَلَّ قبلَ القِسْمَةِ ، شارَكَ الغُرَماءَ ، وإنْ حَلَّ بعدَ قِسْمَةِ البعضِ ، شارَكَهم أيضًا ، وضرَب بجَمِيعِ دَيْنِه ، وباقِى الغُرَماءِ ببَقِيَّةِ دُيُونِهم . قالَه الزَّرْكَشِىُّ وغيرُه مِنَ الأصحابِ .

المقنع

وَمَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، لَمْ يَحِلَّ إِذَا وَثَّقَ الْوَرَثَةُ . وَعَنْهُ ، يَحِلُّ .

الشرح الكبير

بخِلافِ المُفْلِسِ . إذا ثَبَت هذا ، فإنَّه إذا حُجِر على المُفْلِسِ ، فقال أصْحابُنا : لا يُشارِكُ أصْحابُ الدُّيونِ المُؤَجَّلَةِ أصْحابَ الدُّيونِ الحالَّةِ ، ويَبْقَى المُؤَجَّلُ فى الذِّمَّةِ إلى وَقْتِ حُلُولِه ، فإنْ لم يَقْسِمِ الغُرَماءُ حتى حَلَّ الدَّيْنُ ، شارَكَ الغُرَماءَ ، كما لو تَجَدَّدَ على المُفْلِسِ دَيْنٌ بجِنايَتِه ، فإنْ أدْرَكَ بعضَ المالِ قبلَ قِسْمَتِه شارَكَهم فيه ، (1) يَضْرِبُ فيه (1) بجَمِيعِ دَيْنِه ، ويَضْرِبُ (2) باقِى الغُرَماءِ ببَقِيَّةِ دُيُونِهم . وإن قُلْنا : يَحِلُّ الدَّيْنُ . فهو كأصْحابِ الدُّيونِ الحالَّةِ سَواءً .

١٩٢٨ - مسألة : (ومَن مات وعليه دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، لم يَحِلَّ إذا وَثَّقَ الوَرَثَةُ . وعنه ، أنَّه يَحِلُّ) (3) اخْتَلَفَتِ الرِّوايَةُ فى حُلُولِ الدَّيْنِ بالمَوْتِ على مَن هو عليه ، فرُوِىَ أنَّه لا يَحِلُّ . اخْتارَه الخِرَقِىُّ ، بشَرْطِ أن يُوَثِّقَ

الإنصاف

قوله : ومَن ماتَ وعليه دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، لم يَحِلَّ إذا وَثَّقَ الوَرَثَةُ . يعْنِى ، بأَقَلِّ الأَمْرَيْن مِن قِيمَةِ التَّرِكَةِ أوِ الدَّيْنِ . هذا المذهبُ . قال فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » : هذا أشْهَرُ الرِّوايتَيْن . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا المَشْهورُ والمُخْتارُ للأصحابِ مِنَ الرِّوايتَيْن . ونصَرَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وقطَع به الخِرَقِىُّ ، وصاحِبُ

(1 - 1) سقط من : م .

(2) بعده فى م : « مع » .

(3) فى حاشية ر ، ق : « لا يحل الدين المؤجل بالفلس ولا بالموت ، إذا وثق الورثة أقل الأمرين من قيمة التركة أو الدين برهن أو كفيل . فإن تعذر التوثيق حل . وعنه ، يحل بالموت دون الفلس . وعنه ، يحل بهما . حكاها أبو الخطاب . وعنه ، إن وثق لم يحل فيهما ، وإلا حل . نقلها الكوسج » .

الشرح الكبير

الوَرَثَةُ . وهو قولُ ابنِ سِيرِينَ ، وعُبَيْدِ اللهِ بنِ الحَسَنِ ، وإسْحاقَ ، وأبى عُبَيْدٍ . والرِّوايَةُ الأُخْرَى ، أنَّه يَحِلُّ بالمَوْتِ . وبه قال الشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ، وسَوّارٌ[1]، ومالِكٌ، والثَّوْرِىُّ، والشافعىُّ، وأصْحابُ الرَّأْىِ؛ لأنَّه لا يَخْلُو إمّا أن يَبْقَى فى ذِمَّةِ المَيِّتِ أو الوَرَثَةِ ، أو يَتَعَلَّقَ بالمالِ . لا يَجُوزُ بَقاؤُه فى ذِمَّةِ المَيِّتِ ؛ لخَرابِها وتَعَذُّرِ مُطالَبَتِه بها ، ولا ذِمَّةِ

الإنصاف

« العُمْدَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وعنه ، يَحِلُّ هنا مُطْلَقًا ، ولو قتَلَه رَبُّه ، ولو قُلْنا : لا يَحِلُّ بالفَلَسِ . اخْتارَه ابنُ أبِى مُوسى . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » ، ومالَ إليه . فعلى المذهبِ ، إنْ تعَذَّرَ التَّوَثُّقُ ، حَلَّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، وغيرِهما . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وعنه ، لا يَحِلُّ . اخْتارَه أبو محمدٍ الجَوْزِىُّ . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . قال ناظِمُ « المُفْرَداتِ » : ولا يحِلُّ ما على المَدْيونِ بمَوْتِه مِن آجلِ الدُّيونِ . وقال فى « الانْتِصارِ » : يتَعلَّقُ الحَقُّ بذِمَّتِهم –وذكَرَه عن أصحابِنا فى الحَوالَةِ– فإنْ كانتْ مَلِيئَةً ، وإلَّا وَثَّقُوا . وقال أيضًا : الصَّحيحُ أنَّ الدَّيْنَ فى ذِمَّةِ المَيِّتِ والتَّرِكَةِ . فعلى المذهبِ ، يَخْتَصُّ أرْبابُ الدُّيونِ الحالَّةِ بالمالِ . وعلى الثَّانيةِ ، يُشارِكُون به . وقال فى « الرِّعايَةِ » : ومَن ماتَ ، وعليه دَيْنٌ حالٌّ ، ودَيْنٌ مُؤَجَّلٌ ، وقُلْنا : لا تحِلُّ بمَوْتِه . ومالُه بقَدْرِ الحالِّ ، فهل يُتْرَكُ له ما يخُصُّه ؛ ليأْخُذَه إذا حلَّ دَيْنُه ، أو يُوفَّى

---

(١) أبو عبد الله سوَّار بن عبد الله بن سوار العنبرى ، من أهل البصرة ، نزل بغداد ، وولى قضاء الرصافة ، وكان فقيها ، صالحا ، أديبا ، شاعرا ، توفى سنة خمس وأربعين ومائتين . تاريخ بغداد ٩/٢١٠ – ٢١٢ ، الأنساب ٩/٦٩ ، ٧٠ .

الشرح الكبير

الوَرَثَةِ ؛ لأنَّهم لم يَلْتزِمُوها ، ولا رَضِيَ صاحِبُ الدَّيْنِ بذِمَمِهم ، وهى مُخْتَلِفَةٌ مُتَبايِنَةٌ ، ولا يَجُوزُ تَعْلِيقُه على الأعْيانِ وتأْجِيلُه ؛ لأنَّه ضَرَرٌ بالمَيِّتِ وصاحِبِ الدَّيْنِ ، ولا نَفْعَ للوَرَثَةِ فيه . أمَّا المَيِّتُ فلأنَّ النبيَّ ﷺ قال : « المَيِّتُ مُرْتَهَنٌ بِدَيْنِه ، حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ »[1] . وأمَّا صاحِبُه ، فيَتأخَّرُ حَقُّه ، وقد تَتْلَفُ العَيْنُ فيَسْقُطُ حَقُّه . وأمَّا الوَرَثَةُ ، فإنَّهم لا[2] يَنْتَفِعُون

الإنصاف

الحالَّ ، ويَرْجِعُ على رَبِّه صاحِبُ المُؤَجَّلِ إذا حَلَّ بحِصَّتِه ، أو لا يَرْجِعُ ؟ يَحْتَمِلُ ثَلاثَةَ أوْجُهٍ .

فوائد ؛ الأُولَى ، إذا لم يَكُنْ له وارِثٌ ، فقال القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » : يحِلُّ الدَّيْنُ ؛ لأنَّ الأصْلَ يَسْتَحِقُّه الوارِثُ ، وقد عُدِمَ هنا . وقدَّمه فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » . وذكَر القاضى فى « خِلافِه » احْتِمالَيْن . قال فى « الفُروعِ » : ولو وَرِثَه بَيْتُ المالِ ، احْتَمَلَ انْتِقالُه ، ويَضْمَنُ الإمامُ للغُرَماءِ ، واحْتَمَلَ حِلُّه . وذكَرَهما فى « عُيونِ المَسائلِ » . وذكَرَهما القاضى فى « التَّعْليقِ » ؛ لعدَمِ وارِثٍ مُعَيَّنٍ . وأطْلَقَ فى « الفائقِ » وَجْهَيْن ، فيما إذا لم يَكُنْ له وارِثٌ . الثَّانيةُ ، قال فى « التَّلْخيصِ » : حُكْمُ مَن طرَأ عليه جُنونٌ حُكْمُ المُفْلِسِ والمَيِّتِ ، فى حُلولِ الدَّيْنِ وعدَمِه . الثَّالثةُ ، متى قُلْنا بحُلولِ الدَّيْنِ المُؤَجَّلِ ، فإنَّه يأْخُذُه كلَّه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وهو ظاهِرُ كلامِ الأصحابِ . وقدَّمه فى « الفائقِ » ، وقال : والمُخْتارُ سُقوطُ جُزْءٍ مِن رِبْحِه مُقابِلَ الأجَلِ بقِسْطِه ، وهو مأْخُوذٌ مِنَ الوَضْعِ والتَّأْجِيلِ . انتهى . وهو حَسَنٌ .

---

(1) تقدم تخريجه فى ٢١/٦ بلفظ : « نفس المؤمن معلقة بدينه ... » .

(2) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

بالأعْيانِ ولا يَتصرَّفُون فيها ، وإن حَصَلَتْ لهم مَنْفَعَةٌ ، فلا يَسْقُطُ حَظُّ المَيِّتِ وصاحِبِ الدَّيْنِ لِمَنْفَعَةٍ لهم . ولَنا ، ما ذَكَرْنا فى المُفْلِسِ ، ولأنَّ المَوْتَ ما جُعِلَ[1] مُبْطِلًا للحُقُوقِ ، وإنَّما هو مِيقاتٌ للخِلافَةِ ، وعَلامَةٌ على الوِراثَةِ ، وقد قال النبىُّ ﷺ : « مَنْ تَرَكَ حَقًّا أَوْ مَالًا فَلِوَرَثَتِه »[2] .

الإنصاف

الرَّابعةُ ، هل يَمْنَعُ الدَّيْنُ انْتِقالَ التَّرِكَةِ إلى الوَرَثَةِ ، أم لا يَمْنَعُ ؟ فيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، لا يَمْنَعُ ، بل تَنْتَقِلُ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ ، والقاضى ، وأصحابُه . قال ابنُ عَقِيلٍ : هى المذهبُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هو المَنْصوصُ المَشْهورُ المُخْتارُ للأصحابِ . وقد نصَّ الإمامُ أحمدُ ، أنَّ المُفْلِسَ إذا ماتَ ، سقَط حقُّ البائعِ مِن غيرِ مالِه ؛ لأنَّ المالَ انْتقَلَ إلى الوَرَثَةِ . قال فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » : أشْهَرُ الرِّوايتَيْن الانْتِقالُ . والرِّوايَةُ الثَّانيةُ ، لا تَنْتَقِلُ . نقَلَها ابنُ مَنْصُورٍ . وصحَّحه النَّاظِمُ . ونصَرَه فى « الانْتِصارِ » . ويأْتِى ذلك فى آخِرِ القِسْمَةِ بأَتَمَّ مِن هذا . ولهذا الخِلافِ فَوائدُ ، يأْتِى بَيانُها قَرِيبًا . ولا فَرْقَ فى ذلك بينَ دُيونِ اللهِ تَعالَى ، ودُيونِ الآدَمِيِّين ، ولا بينَ الدُّيونِ الثَّابِتَةِ فى الحَياةِ ، والمُتَجَدِّدَةِ بعدَ المَوْتِ بسَبَبٍ يَقْتَضِى الضَّمانَ ؛ كحَفْرِ[3] بِئْرٍ ونحوِه . صرَّح به القاضى . وهل يُعْتَبرُ كَوْنُ الدَّينِ مُحِيطًا بالتَّرِكَةِ ، أَمْ لا ؟ قال فى « القَواعِدِ » : صرَّح به جماعَةٌ ؛ منهم صاحِبُ « التَّرْغِيبِ » ، فى التَّفْليسِ . وقال فى « الفَوائدِ » : ظاهِرُ كلامِ طائفَةٍ ، اعْتِبارُه ؛ حيثُ فرَضُوا المَسْأَلَةَ فى الدَّيْنِ المُسْتَغْرِقِ . ومنهم مَن صرَّح بالمَنْعِ مِنَ الانْتِقالِ ، وإنْ لم يَكُنْ مُسْتَغْرِقًا . ذكَرَه فى مَسائلِ الشُّفْعَةِ . وعلى القَوْلِ

---

(1) فى الأصل : « حصل » .

(2) تقدم تخريجه فى ٦/١٨٨ .

(3) من هنا وحتى قوله : « ذكره فى الانتصار » فى صفحة ٣٣١ سقط من : الأصل ، ط .

الشرح الكبير

وما ذَكَرُوه إثْباتُ حُكْمٍ بالمَصْلَحَةِ المُرْسَلَةِ ، لم يَشْهَدْ لها شاهِدُ الشَّرْعِ باعْتِبارٍ . فعلى هذا ، يَبْقَى الدَّيْنُ فى ذِمَّةِ المَيِّتِ كما كان ، ويَتعَلَّقُ بعَيْنِ مالِه ، كتَعَلُّقِ حُقُوقِ الغُرَماءِ بمالِ المُفْلِسِ عندَ الحَجْرِ عليه . فإن أَحَبَّ الوَرَثَةُ الْتِزامَ أداءِ الدَّيْنِ ، ويَتَصَرَّفُونَ فى المالِ ، لم يكُنْ لهم ذلك ، إلَّا أن

الإنصاف

بالانْتِقالِ ، يتَعَلَّقُ حقُّ الغُرَماءِ بها جَمِيعِها ، وإنْ لم يَسْتَغْرِقْها الدَّيْنُ . صرَّح به فى « التَّرْغِيبِ » . وهل تعَلُّقُ حقِّهِم بها تعَلُّقُ رَهْنٍ ، أو جِنايَةٍ ؟ فيه خِلافٌ . قال فى « القَواعِدِ » : صرَّح الأكثَرون ، أنَّه كتَعَلُّقِ الرَّهْنِ ، ويُفَسَّرُ بثَلاثَةِ أشْياءَ . وقال فى « الفَوائدِ » : يتَحَرَّرُ الخِلافُ بتَحْريرِ مَسائلَ ؛ إحْداها ، هل يتَعَلَّقُ جميعُ الدَّيْنِ بالتَّرِكَةِ ، وبكُلِّ جُزْءٍ مِن أجْزائها ، أم يتَقَسَّطُ ؟ صرَّح القاضى فى « خِلافِه » بالأوَّلِ ، إنْ كان الوارِثُ واحِدًا ، وإنْ كان مُتَعدِّدًا ، انْقَسَمَ على قَدْرِ حُقوقِهم ، وتعَلَّقَ بحِصَّةِ كلِّ وارِثٍ منهم قِسْطُها مِنَ الدَّيْنِ ، وبكُلِّ جُزْءٍ منها ، كالعَبْدِ المُشْترَكِ إذا رهَنَه الشَّرِيكان بدَيْنٍ عليهما . والثَّانيةُ ، هل يَمْنَعُ هذا التَّعَلُّقُ مِن نُفُوذِ التَّصَرُّفِ ؟ سيَأْتِى ذلك فى فَوائدِ الرِّوايتَيْن . والثَّالِثَةُ ، هل يتعَلَّقُ الدَّيْنُ بعَيْنِ التَّرِكَةِ مع الذِّمَّةِ ؟ فيه ثَلاثَةُ أوْجُهٍ . وقال فى مَوْضِعٍ آخَرَ : هل الدَّيْنُ باقٍ فى ذِمَّةِ المَيِّتِ ، أوِ انْتَقَلَ إلى ذِمَمِ الوَرَثَةِ ، أو هو مُتَعلِّقٌ بأعْيانِ التَّرِكَةِ ، لا غيرُ ؟ فيه ثَلاثَةُ أوْجُهٍ ؛ أحدُها ، يَنْتَقِلُ إلى ذِمَمِ الوَرَثَةِ . قالَه القاضى فى « خِلافِه » ، وأبو الخَطَّابِ فى « انْتِصارِه » ، وابنُ عَقِيلٍ . وقيَّده القاضى فى « المُجَرَّدِ » بالمُؤَجَّلِ . قال فى « الفُروعِ » : وفى « الانْتِصارِ » ، الصَّحيحُ ، أنَّه فى ذِمَّةِ المَيِّتِ فى التَّرِكَةِ . انتهى . ومنهم مَن خصَّه بالقَوْلِ بانْتِقالِ التَّرِكَةِ إليهم . والوَجْهُ الثَّانِى ، هو باقٍ فى ذِمَّةِ المَيِّتِ . ذكَرَه القاضى أيضًا ، والآمِدِىُّ ، وابنُ عَقِيلٍ فى « فُنونِه » ، والمُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » . وهو ظاهِرُ كلامِ الأصحابِ فى ضَمانِ دَيْنِ المَيِّتِ . والوَجْهُ الثَّالِثُ ، يتَعَلَّقُ بأعْيانِ

الشرح الكبير

يَرْضَى الغَرِيمُ ، أو يُوَثِّقُوا الحَقَّ بضَمِينٍ مَلِىءٍ ، أو رَهْنٍ يَثِقُ به لوَفاءِ حَقِّه ، فإنَّهم قد لا يَكُونُون أمْلِياءَ ، ولم يَرْضَ بهم الغَرِيمُ ، فيُؤَدِّى إلى فَواتِ الحَقِّ . وذَكَر القاضى أنَّ الحَقَّ يَنْتَقِلُ إلى ذِمَمِ الوَرَثَةِ بمَوْتِ مَوْرُوثِهم مِن غيرِ أنْ يُشْتَرَطَ الْتِزامُهم له . ولا يَنْبَغِى [١١٦/٤و] أنْ يَلْزَمَ الإنْسانَ دَيْنٌ لا

الإنصاف

التَّرِكَةِ فقط . قالَه ابنُ أبِى مُوسى . ورُدَّ بلُزومِ بَراءَةِ ذِمَّةِ المَيِّتِ فيها بالتَّلَفِ . ويأْتِى هذا أيضًا فى بابِ القِسْمَةِ . إذا عُرِفَ هذا ، فللخِلافِ فى أصْلِ المَسْأَلةِ – وهو كَوْنُ الدَّيْنِ يَمْنَعُ الانْتِقالَ أم لا ؟ فوائِدُ كثيرةٌ . ذكَرَها ابنُ رَجَبٍ فى « الفَوائدِ » مِن « قَواعِدِه » ؛ منها ، نُفُوذُ تصَرُّفِ الوَرَثَةِ فيها ببَيْعٍ أو غيرِه مِنَ العُقودِ . فعلى الثَّانيةِ ، لا إشْكالَ فى عدَمِ النُّفوذِ . وعلى المذهبِ ، قيلَ : لا يَنْفُذُ . قالَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ ، فى بابِ الشَّرِكَةِ مِن « كِتابَيْهما » . وحمَلَ القاضى فى « المُجَرَّدِ » رِوايَةَ ابنِ مَنْصُورٍ على هذا . وقيلَ : يَنْفُذُ . قالَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، فى الرَّهْنِ والقِسْمَةِ ، وجعَلاه المذهبَ . قال فى « القاعِدَةِ الثَّالِثَةِ والخَمْسِين » : أصحُّ الوَجْهَيْن ، صِحَّةُ تصَرُّفِهم . انتهى . وإنَّما يجوزُ لهم التَّصَرُّفُ بشَرْطِ الضَّمانِ . قالَه القاضى . قال : ومتى خَلَّى الوَرَثَةُ بينَ التَّرِكَةِ وبينَ الغُرَماءِ ، سَقَطَتْ مُطالَبَتُهم بالدُّيونِ ، ونصَّبَ الحاكِمُ مَن يُوَفِّيهم منها ، ولم يَمْلِكْها الغُرَماءُ بذلك . وهذا يدُلُّ على أنَّهم إذا تصَرَّفُوا فيها ، طُولِبوا بالدُّيونِ كلِّها . وفى « الكافِى » ، إنَّما يَضْمَنُونَ الأقَلَّ مِن قِيمَةِ التَّرِكَةِ أوِ الدَّيْنِ . وعلى الأوَّلِ ، يَنْفُذُ العِتْقُ خاصَّةً ، كعِتْقِ الرَّاهِنِ . ذكَرَه فى « الانْتِصارِ »[1] . وحكَى القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، فى بابِ العِتْقِ ، فى نُفوذِ العِتْقِ مع عدَمِ العِلْمِ ، وَجْهَيْن ، وأنَّه[2]

(١) آخر السقط .

(٢) فى الأصل ، ط : « لأنه » .

الشرح الكبير

يَلْتَزِمُه ، ولم يَتَعاطَ سَبَبَه ، ولو لَزِمَهم ذلك لمَوْتِ مَوْرُوثِهم للَزِمَهم وإن لم يُخَلِّفْ وَفاءً . فإن قُلْنا : إنَّ الدَّيْنَ يَحِلُّ بالمَوْتِ . فأَحَبَّ الوَرَثَةُ القَضاءَ مِن غيرِ التَّرِكَةِ ، فلهم ذلك ، وإنِ اخْتارُوا القَضاءَ منها ، فلهم ذلك ، وإنِ امْتَنَعُوا مِن القَضاءِ ، باعَ الحاكِمُ مِن التَّرِكَةِ ما يُقْضَى به الدَّيْنُ . وإن مات

الإنصاف

لا يَنْفُذُ مع العِلْمِ . وجعَل المُصَنِّفُ فى « الكافِى » مأْخَذَهما ، أنَّ حُقوقَ الغُرَماءِ المُتعلِّقَةَ بالتَّرِكَةِ ، هل يَمْلِكُ الْوَرَثَةُ إسْقاطَها بالْتِزامِهم الأداءَ مِن عندِهم ، أم لا ؟ وفى « النَّظَرِيَّاتِ » لابنِ عَقِيلٍ : عِتْقُ الوَرَثَةِ يَنْفُذُ مع يَسارِهم ، دُونَ إعْسارِهم ؛ اعْتِبارًا بعِتْقِ مَوْرُوثِهم فى مَرَضِه . [٢/١٤٠و] وهل يصِحُّ رَهْنُ التَّرِكَةِ عندَ الغُرَماءِ ؟ قال القاضى فى « المُجَرَّدِ » : لا يصِحُّ . ومنها ، نَماءُ التَّرِكَةِ . فعلى الثَّانيةِ ، يتَعَلَّقُ حقُّ الغُرَماءِ به أيضًا . وعلى المذهبِ ، فيه وَجْهان ؛ هل يتَعَلَّقُ حقُّ الغُرَماءِ بالنَّماءِ ، أم لا ؟ وأطْلَقَهما فى « القَواعِدِ » . وقال فى « القاعِدَةِ الثَّانيةِ والثَّمانِين » : إنْ قيلَ : إنَّ التَّرِكَةَ باقِيَةٌ على حُكْمِ مِلْكِ المَيِّتِ . تعَلَّقَ حقُّ الغُرَماءِ بالنَّماءِ ، كالمَرْهُونِ . ذكَرَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . ويَنْبَغِى أنْ يُقال : إنْ قُلْنا : تعَلُّقُ الدَّيْنِ بالتَّرِكَةِ تعَلُّقُ رَهْنٍ يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ فيه . فالأمْرُ كذلك . وإنْ قُلْنا : تعَلُّقُ جِنايَةٍ لا يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ . فلا يتَعَلَّقُ بالنَّماءِ . وأمَّا إنْ قُلْنا : لا تَنْتَقِلُ التَّرِكَةُ إلى الوَرَثَةِ بمُجَرَّدِ المَوْتِ . لم تتَعَلَّقْ حُقوقُ الغُرَماءِ بالنَّماءِ . ذكَرَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . وخرَّج الآمِدِىُّ ، وصاحِبُ « المُغْنِى » ، تعَلُّقَ الحَقِّ بالنَّماءِ مع الانْتِقالِ أيضًا ، كتَعَلُّقِ الرَّهْنِ . وقد يَنْبَنِى ذلك مِن أصْلٍ آخرَ ، وهو أنَّ الدَّيْنَ هل هو باقٍ فى ذِمَّةِ المَيِّتِ ، أوِ انْتَقَلَ إلى ذِمَّةِ الوَرَثَةِ ، أو هو مُتَعَلِّقٌ بأعْيانِ التَّرِكَةِ لا غيرُ ؟ وفيه ثَلاثَةُ أوْجُهٍ . وقد تقَدَّمَتْ قبلَ الفوائدِ . قال : فعلى القَوْلِ الثَّالِثِ ، يتَوَجَّهُ أنْ لا تتَعَلَّقَ الحُقوقُ بالنَّماءِ ؛ إذ هو كتَعَلُّقِ الجِنايَةِ . وعلى الأوَّلَيْن ، يتَوَجَّهُ تعَلُّقُها بالنَّماءِ ، كالرَّهْنِ . ومنها ، لو

الشرح الكبير

مُفلِسٌ وله غُرَماءُ بعضُ دُيُونِهم مُؤَجَّلَةٌ ، وقُلْنا : يَحِلُّ المُؤَجَّلُ بالمَوْتِ . اقْتَسَمُوا التَّرِكَةَ على قَدْرِ دُيُونِهم . وإنْ قُلْنا : لا يَحِلُّ . (١) فإن وَثَّقَ (١) الوَرَثَةُ لصاحِبِ المُؤَجَّلِ ، اخْتَصَّ أصْحابُ الحالِّ بالتَّرِكَةِ ، وإنِ امْتَنَعَ الوَرَثَةُ مِن التَّوْثِيقِ ، حَلَّ دَيْنُه ، وشارَكَ أصْحابَ الحالِّ ؛ لئَلَّا يُفْضِيَ إلى إسْقاطِ دَيْنِه بالكُلِّيَّةِ .

الإنصاف

ماتَ وعليه دَيْنٌ ، وله مالٌ زَكَوِيٌّ ، فهل تَبْتَدِئُ الوَرَثَةُ حوْلَ الزَّكاةِ مِن حين المَوْتِ ، أم لا ؟ فعلى الثَّانيةِ ، لا إشْكالَ فى أنَّه لاتَجْرِى فى حَوْلِه حتى تَنْتَقِلَ إليه . وعلى المذهبِ ، يُبْنَى على أنَّ الدَّيْنَ ؛ هل هو مَضْمُونٌ فى ذِمَّةِ الوارِثِ ، أم هو فى ذِمَّةِ المَيِّتِ خاصَّةً ؟ فإنْ قُلْنا : هو فى ذِمَّةِ الوارِثِ . وكان ممَّا يَمْنَعُ الزَّكاةَ ، انْبَنَى على الدَّيْنِ المانِعِ ؛ هل يَمْنَعُ انْعِقادَ الحَوْلِ فى ابتدائِه ، أو يَمْنَعُ الوُجوبَ فى انْتِهائِه خاصَّةً ؟ فيه رِوايَتان . ذكَرَهما المَجْدُ فى « شَرْحِه » . والمذهبُ أنَّه يَمْنَعُ الانْعِقادَ ، فيَمْتَنِعُ انْعِقادُ الحَوْلِ على مِقْدارِ الدَّيْنِ مِنَ المالِ . وإنْ قُلْنا : إنَّما يَمْنَعُ وُجوبَ الزَّكاةِ فى آخِرِ الحَوْلِ . منَع الوُجوبَ هنا آخِرَ الحَوْلِ ، فى قَدْرِه أيضًا . وإنْ قُلْنا : ليس فى ذِمَّةِ الوارِثِ شىءٌ . فظاهِرُ كلامِ أصحابِنا ، أنَّ تعَلُّقَ الدَّيْنِ بالمالِ مانِعٌ . ومنها ، لو كان له شَجَرٌ ، وعليه دَيْنٌ ، فماتَ ، فهنا صُورَتان ؛ إحْداهما ، أنْ يَموتَ قبلَ أنْ يُثْمِرَ ، ثم يُثْمِرَ قبلَ الوَفاءِ ؛ فيَنْبَنِى على أنَّ الدَّيْنَ ، هل يتعَلَّقُ بالنَّماءِ ؟ فإنْ قُلْنا : يَتعَلَّقُ به . خُرِّجَ على الخِلافِ فى مَنْعِ الدَّيْنِ الزَّكاةَ فى الأموالِ الظَّاهِرَةِ ، على ما تقدَّمَ . وإنْ قُلْنا : لا يتعَلَّقُ به . فالزَّكاةُ على الوارِثِ . وهذا كلُّه بِناءً على القَوْلِ بانْتِقالِ المِلْكِ إليه . أمَّا إنْ قُلْنا : لا يَنْتَقِلُ المِلْكُ . فلا زَكاةَ عليه ، إلَّا أنْ يَنْفَكَّ التَّعَلُّقُ قبلَ بُدُوِّ الصَّلاحِ . الصُّورَةُ الثَّانيةُ ، أنْ يموتَ بعدَ ما أثْمَرَتْ ، فيَتعَلَّقَ الدَّيْنُ بالثَّمَرَةِ .

(١ - ١) فى م : « فأوثق » .

الشرح الكبير

فصل : ذكَر بعضُ أصْحابِنَا فى مَن مات وعليه دَيْنٌ ، هل يَمْنَعُ الدَّيْنُ نَقْلَ التَّرِكَةِ إلى الوَرَثَةِ ؟ رِوايَتَيْن ؛ إحْداهما ، لا يَمْنَعُه ؛ للخَبَرِ المَذْكُورِ ، ولأنَّ تعَلُّقَ الدَّيْنِ بالمالِ لا يُزِيلُ المِلْكَ فى العَبْدِ الجانِى والرَّهْنِ والمُفْلِسِ ،

الإنصاف

ثم إنْ كانَ موْتُه بعدَ وَقْتِ الوُجوبِ ، فقد وجَبَتْ عليه الزَّكاةُ ، إلَّا أنْ نقولَ : إنَّ الدَّيْنَ يَمْنَعُ الزَّكاةَ فى المالِ الظَّاهِرِ . وإنْ كان قبلَ الوُجوبِ ، فإنْ قُلْنا : تَنْتَقِلُ التَّرِكَةُ إلى الوَرَثَةِ مع الدَّيْنِ . فالحُكْمُ كذلك . وإنْ قُلْنا : لا تَنْتَقِلُ . فلا زَكاةَ عليهم . وهذه المَسْأَلَةُ تدُلُّ على أنَّ النَّماءَ المُنْفَصِلَ يتَعَلَّقُ به حقُّ الغُرَماءِ ، بلا خِلافٍ . وقال فى « الفُروعِ » : وإنْ ماتَ بعدَ أنْ أثْمَرَتْ ، تعَلَّقَ بها الدَّيْنُ ، ثم إنْ كان بعدَ وَقْتِ الوُجوبِ ، ففى الزَّكاةِ رِوايَتان . وكذا إنْ كان قبلَه ، وقُلْنا : تَنْتَقِلُ التَّرِكَةُ مع الدَّيْنِ . وإلَّا فلا زَكاةَ . انتهى . وكذا قال ابنُ تَمِيمٍ ، وابنُ حَمْدانَ ، فى بابِ زَكاةِ الزُّروعِ والثِّمارِ . ومنها ، لو ماتَ ، وله عَبِيدٌ ، وله دَيْنٌ ، وأهَلَّ هِلالُ الفِطْرِ . فعلى المذهبِ ، فِطْرَتُهم على الوَرَثَةِ . وعلى الثَّانيةِ ، لا فِطْرَةَ لهم على أحَدٍ . ومنها ، لو كانتِ التَّرِكَةُ حَيوانًا . فعلى المذهبِ ، النَّفَقَةُ عليهم . وعلى الثَّانيَةِ ، مِنَ التَّرِكَةِ كمُؤْنَةٍ . وكذلك مُؤْنَةُ المالِ ؛ كأُجْرَةِ المَخْزَنِ ونحوِه . ومنها ، لو ماتَ المَدِينُ وله شِقْصٌ ، فباعَ شَرِيكُه نَصِيبَه[1] قبلَ الوَفاءِ ، فعلى المذهبِ ، لهم الأَخْذُ بالشُّفْعَةِ . وعلى الثَّانيَةِ ، لا . ولو كان الوارِثُ شَرِيكَ المَوْرُوثِ ، وبِيعَ نَصِيبُ المَوْرُوثِ فى دَيْنِه ، فعلى المذهبِ ، لا شُفْعَةَ للوارِثِ . وعلى الثَّانيةِ ، له الشُّفْعَةُ . ومنها ، لو وَطِئَ الوارِثُ الجارِيَةَ المَوْرُوثَةَ – والدَّيْنُ يَسْتَغْرِقُ التَّرِكَةَ – فأوْلَدَها ، فعلى المذهبِ ، لا حَدَّ ، ويَلْزَمُه قِيمَتُها . وعلى الثَّانيةِ ، لا حَدَّ أيضًا ؛ لشُبْهَةِ المِلْكِ ،

(١) فى الأصل ، ط : « نصفه » .

الشرح الكبير

فلم يَمْنَعْ نَقْلَه . فعلى هذا ، إن تَصَرَّفَ الوَرَثَةُ فى التَّرِكَةِ ببيعٍ أو غيرِه ، صَحَّ تَصَرُّفُهم ، ولَزِمَهم أداءُ الدَّيْنِ ، فإن تَعَذَّرَ وَفاؤُه ، فُسِخ تَصَرُّفُهم[1] ، كما لو باع السَّيِّدُ عَبْدَه الجانِىَ . والثانيةُ ، يَمْنَعُ نَقْلَ التَّرِكَةِ إليهم ؛ لقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ﴾[2]

الإنصاف

وعليه قِيمَتُها ومَهْرُها . ذكَرَه فى « الانْتِصارِ » . ففائدَةُ الخِلافِ حِينَئذٍ فى المَهْرِ . ومنها ، لو تَزَوَّجَ الابنُ أمَةَ أبيه[3] ، ثم قال : إنْ ماتَ أبِى ، فأنْتِ طالِقٌ . وقال أبوه : إنْ مِتُّ ، فأنْتِ حُرَّةٌ . ثم ماتَ وعليه دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُ التركَةَ ، لم تَعْتِقْ . وهل يقَعُ الطَّلاقُ ؟ قال القاضى فى « المُجَرَّدِ » : يقَعُ . وقال [٢/١٤٠ظ] ابنُ عَقِيلٍ : لا يقَعُ . فقَوْلُ ابنِ عَقِيلٍ مَبْنِىٌّ على المذهبِ ، وقَوْلُ القاضى مَبْنِىٌّ على الثَّانيَةِ . وكذلك إذا لم يُدَبِّرْها الأبُ سَواءً . وقيل : يقَعُ الطَّلاقُ على المذهبِ أيضًا . ومنها ، لو أقَرَّ لشَخْصٍ ، فقال : له فى مِيراثِه ألْفٌ . فالمَشْهورُ ، أنَّه مُتَناقِضٌ فى إقْرارِه . وقال فى « التَّلْخيصِ » : يَحْتَمِلُ أنْ يَلْزَمَه ؛ إذِ المَشْهورُ عندَنا ، أنَّ الدَّيْنَ لا يَمْنَعُ المِيراثَ ، فهو كما لو قالَ : له فى التَّرِكَةِ ألْفٌ . فإنَّه إقْرارٌ صحيحٌ . وعلى هذا ، إذا قُلْنا : يَمْنَعُ الدَّيْنُ المِيراثَ . كان مُناقِضًا ، بغيرِ خِلافٍ . ومنها ، لو ماتَ وترَك ابْنَيْن وألْفَ دِرْهَمٍ ، وعليه ألْفُ دِرْهَمٍ دَيْنًا ، ثم ماتَ أحدُ الابْنَيْن ، وترَك ابنًا ، ثم أبْرَأ الغَرِيمُ الوَرَثَةَ ، فذكَر القاضى ، أنَّ [4]ابنَ الابنِ[4] يَسْتَحِقُّ نِصْفَ التَّرِكَةِ

---

(١) فى الأصل : « تصرفه » .

(٢) سورة النساء ١١ .

(٣) فى الأصل ، ط : « ابنه » .

(٤ - ٤) فى الأصل ، ط : « الابن » .

الشرح الكبير

فجَعَلَ التَّرِكَةَ للوارِثِ بعدَ الدَّيْنِ والوَصِيَّةِ ، فلا يَثْبُتُ لهم المِلْكُ قبلَهما . فعلى هذا ، لا يَصِحُّ تَصَرُّفُ الوَرَثَةِ ؛ لأنَّهم تَصَرَّفُوا فى غيرِ مِلْكِهم ، إلَّا أنْ يَأْذَنَ لهم الغُرَماءُ ، وإن تَصَرَّفَ الغُرَماءُ ، لم يَصِحَّ إلَّا بإذْنِ الوَرَثَةِ .

الإنصاف

بمِيراثِه عن أبيه[1] ، وذكَرَه فى مَوْضِعٍ إجْماعًا ، وعلَّله فى مَوْضِعٍ بأنَّ التَّرِكَةَ تَنْتَقِلُ مع الدَّيْنِ ، فانْتقَلَ مِيراثُ الابنِ إلى ابنِه . ويُفْهَمُ مِن هذا ، أنَّه على الثَّانيةِ ، يَخْتَصُّ به وَلَدُ الصُّلْبِ ؛ لأنَّه هو الباقِى[2] مِنَ الوَرَثَةِ . ومنها ، رُجوعُ بائعِ المُفْلِسِ فى عَيْنِ مالِه بعدَ مَوْتِ المُفْلِسِ . ويَحْتَمِلُ بناؤُه على هذا الخِلافِ ؛ فإنْ قُلْنا : يَنْتَقِلُ . امْتنَعَ رُجوعُه . وإنْ قُلْنا : لا يَنْتَقِلُ . رجَع ، ولا سِيَّما والحَقُّ هنا مُتَعَلِّقٌ فى الحَياةِ تعلُّقًا مُتأَكِّدًا . ومنها ، ما نُقِلَ عنِ الإمامِ أحمدَ ، أنَّه سُئِلَ عن رَجُلٍ ماتَ ، وخلَّفَ ألْفَ دِرْهَمٍ ، وعليه ألْفا دِرْهمٍ ، وليس له وارِثٌ غيرُ ابنِه ، فقال ابنُه لغُرَمائِه : اترُكُوا هذه الألْفَ بيَدِى ، وأخِّرُونى فى حُقُوقِكم ثَلاثَ سِنِين ، حتى أُوَفِّيَكم جميعَ حُقُوقِكم . قال : إذا كانُوا اسْتَحَقُّوا قَبْضَ هذه الألْفِ ، وإنَّما يُؤَخِّرُونه لِيُوَفِّيَهم لأجَلٍ ، فترَكُوها فى يدَيْه ، فهذا لا خَيْرَ له فيه ، إلَّا أنْ يَقْبِضُوا الألْفَ منه ، ويُؤَخِّرُونه فى الباقِى ما شاءُوا . قال فى « القَواعِدِ » : قال بعضُ شُيوخِنا : تُخَرَّجُ هذه الرِّوايَةُ على القَوْلِ بأنَّ التَّرِكَةَ لا تَنْتَقِلُ . قال : وإنْ قُلْنا : تَنْتَقِلُ . جازَ . وهو أقْيَسُ بالمذهبِ ، وعلَّله فى « القَواعِدِ » . ومنها ، وِلايَةُ المُطالَبَةِ بالتَّرِكَةِ إذا كانتْ دَيْنًا ونحوَه . فنَصَّ أحمدُ فى وَدِيعَةٍ ، لا يَدْفَعُها إلَّا إلى الغُرَماءِ والوَرَثَةِ جميعًا . وهو يدُلُّ على أنَّ للغُرَماءِ وِلايَةَ المُطالَبَةِ والرُّجوعِ على المُودَعِ إذا سلَّم الوَدِيعَةَ إلى الوَرَثَةِ . وحمَلَه القاضى على الاحْتِياطِ . قال فى « القَواعِدِ » : وظاهِرُ كلامِه ،

(١) فى الأصل : « ابنه » ، وط : « ابنيه » .

(٢) فى الأصل ، ط : « الثانى » .

المقنع

وَإِنْ ظَهَرَ غَرِيمٌ بَعْدَ قَسْمِ مَالِهِ [١١٧ظ] رَجَعَ عَلَى الْغُرَمَاءِ بِقِسْطِهِ .

الشرح الكبير

١٩٢٩ – مسألة : (وإن ظَهَر غَرِيمٌ بعدَ قَسْمِ مالِه ، رَجَع على الغُرَماءِ بقِسْطِه) وبهذا قال الشافعيُّ . وحُكِيَ عن مالِكٍ . وحُكِيَ عنه : لا يُحاصُّهم ؛ لأنَّه نَقْضٌ لحُكْمِ الحاكِمِ . ولَنا ، أنَّه غَرِيمٌ يُقاسِمُهم لو كان حاضِرًا ، فإذا ظَهَر بعدَ ذلك قاسَمَهم ، كغَرِيمِ المَيِّتِ يَظْهَرُ بعدَ قَسْمِ مالِه ، وليس قَسْمُ الحاكِمِ مالَه حُكْمًا ، إنَّما هو قِسْمَةٌ بان الخَطَأُ فيها ، فأشْبَهَ ما لو قَسَم أرْضًا بينَ شُرَكاءَ ، ثم ظَهَر شَرِيكٌ آخَرُ ، أو قَسَم المِيراثَ ، ثم ظَهَر وارِثٌ سِواه .

فصل : ولو أفْلَسَ وله دارٌ مُسْتأْجَرَةٌ ، فانْهَدَمَتْ بعدَ قَبْضِ المُفْلِسِ الأُجْرَةَ ، انْفَسَخَتِ الإِجارَةُ فيما بَقِيَ مِن المُدَّةِ ، وسَقَط مِن الأُجْرَةِ بقَدْرِ

الإنصاف

إنْ قُلْنا : التَّرِكَةُ مِلْكٌ لهم . فلهم وِلايَةُ الطَّلَبِ والقَبْضِ . وإنْ قُلْنا : ليستْ مِلْكًا لهم . فليس لهم الاسْتِقْلالُ بذلك . وقال المَجْدُ : عندِى أنَّ النَّصَّ على ظاهِرِه ؛ لأنَّ الوَرَثَةَ والغُرَماءَ تتعَلَّقُ حُقوقُهم بالتَّرِكَةِ ؛ كالرَّهْنِ والجانِى ، فلا يجوزُ الدَّفْعُ إلى بعضِهم . انْتَهى الكلامُ على الفَوائدِ مُلَخَّصًا .

قوله : وإنْ ظَهَر غَرِيمٌ بعدَ قَسْمِ مالِه ، رجَع على الغُرَماءِ بقِسْطِه . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . لكِنْ قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : هذه قِسْمَةٌ بانَ الخَطَأُ[1] فيها ، فأشْبَهَ ما لو قسَم أرْضًا أو مِيراثًا بينَ شُرَكاءَ ، ثم ظهَر شَرِيكٌ آخَرُ ، أو[2]

---

(١) فى الأصل : « الخلط » ، وفى ط : « الخلطاء » .

(٢) فى الأصل ، ط : « و » .

الشرح الكبير

ذلك ، ثم إن وَجَد عَيْنَ مالِه ، أَخَذَ منه بقَدْرِ ذلك ، وإن لم يَجِدْه ، ضَرَب مع الغُرَماءِ بقَدْرِه . وإن كان ذلك بعدَ قَسْمِ مالِه ، رَجَع على الغُرَماءِ بحِصَّتِه ؛ لأنَّ سَبَبَ وُجُوبِه قبلَ الحَجْرِ ، وكذلك[1] يُشارِكُهم إذا وَجَب قبلَ القِسْمَةِ . ولو باع سِلْعَةً وقَبَض ثَمَنَها ثم أفْلَسَ ، فوَجَدَ بها المُشْتَرِى عَيْبًا ، فرَدَّها به ، أو رَدَّها بخِيارٍ أو اخْتِلافٍ فى الثَّمَنِ ونحوِه ، ووَجَد عَيْنَ مالِه ، أخَذَها ؛ لأنَّ [٤/١١٦ظ] البَيْعَ لَمّا انْفَسَخَ زال مِلْكُ المُفْلِسِ عن الثَّمَنِ ، كزَوالِ مِلْكِ المُشْتَرِى عن المَبِيعِ ، وإن كان بعدَ تَصَرُّفِه فيه ، شارَكَ (٢المُشْتَرِى الغُرَماءَ٢) .

الإنصاف

وارِثٌ آخَرُ . قال الأزَجِيُّ : فلو كان له ألْفٌ ، اقْتَسَمَها غرِيماه نِصْفَيْنِ ، ثم ظَهَر ثالِثٌ دَيْنُه كدَيْنِ أحدِهما ، رجَع على كلٍّ واحدٍ بثُلُثِ ما قبَضَه مِن غيرِ زِيادَةٍ . وأصْلُ هذا ، ما لو أقَرَّ أحدُ الوارِثَيْن بوارِثٍ ؛ فإنَّه يأْخُذُ ما فى يَدِه إذا كان ابنًا ، وهما ابنان . قال فى « الفُروعِ » : كذا قال . وهو كما قال فى الثَّانيَةِ ، بل هو خطَأٌ فيها . قال فى « الفُروعِ » : فظاهِرُ كلامِهم ، يَرْجِعُ على مَن أتْلَفَ ما قبَضَه بحِصَّتِه . ثم قال : ويتَوَجَّهُ كمَفْقُودٍ رجَع بعدَ قِسْمَةٍ وتَلَفٍ . وفى فَتاوَى المُصَنِّفِ ، لو وصَل مالُ الغائبِ ، فأقامَ رجُلٌ بَيِّنَةً أنَّ له عليه دَيْنًا ، وأقامَ آخَرُ بَيِّنَةً أنَّ له عليه دَيْنًا أيضًا ، فقال : إنْ طالَبا جميعًا ، اشْتَرَكا ، وإنْ طالَبَ أحدُهما ، اخْتَصَّ به لاخْتِصاصِه بما يُوجِبُ التَّسْلِيمَ ، وعدَمِ تعَلُّقِ الدَّيْنِ بمالِه . قال فى « الفُروعِ » : ومُرادُه ، ولم يُطالِبْ أصْلًا ، وإلَّا شارَكَه ما لم يَقْبِضْه .

(١) فى الأصل ، ر ، م : « لذلك » .
(٢ - ٢) فى الأصل : « المشترك » .

المقنع

وَإِنْ بَقِيَتْ عَلَى الْمُفْلِسِ بَقِيَّةٌ ، وَلَهُ صَنْعَةٌ ، فَهَلْ يُجْبَرُ عَلَى إِيجَارِ نَفْسِهِ لِقَضَائِهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

١٩٣٠ - مسألة : (وإنْ بَقِيَتْ على المُفْلِسِ بَقِيَّةٌ ، وله صَنْعَةٌ ، فهل يُجْبَرُ على إيجارِ نَفْسِه لقَضائِها ؟ على رِوايَتَيْن) إحْداهُما ، لا يُجْبَرُ . وهو قولُ مالِكٍ ، والشافعىِّ ؛ لقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾[1]. ولِما روَى أبو سعيدٍ، أنَّ رجلًا أُصِيبَ فى ثِمارٍ ابْتَاعَها، فكَثُرَ دَيْنُه، فقال النبىُّ ﷺ: «تَصدَّقُوا عَلَيْهِ». فتَصَدَّقُوا عليه، فلم يَبْلُغْ وَفاءَ دَيْنِه ، فقال النبىُّ ﷺ : « خُذُواْ مَا وَجَدْتُمْ ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ » . رَواه مسلمٌ[2] . ولأنَّه تَكَسُّبٌ للمالِ ، فلم يُجْبَرْ عليه ، كقَبُولِ الهِبَةِ

الإنصاف

قوله : وإنْ بَقِىَ على المُفْلِسِ بَقِيَّةٌ وله صَنْعَةٌ ، فهل يُجبَرُ على إيجارِ نَفْسِه لقَضائِها ؟ على رِوايَتَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّـرْحِ » ؛ إحْداهما ، يُجْبَرُ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « نَظْمِ المُفْرَداتِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الآدَمِىِّ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الحاوِيَيْن » . وصحَّحه [٢/ ١٤١و] فى « التَّصْحيحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « النَّظْمِ » . ونصَرَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وهو مِنَ المُفْرَداتِ . والرِّوايَةُ الثَّانيَةُ ، لا يُجْبَرُ . قدَّمه فى « إدْراكِ الغايَةِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . كما لا يُجْبَرُ على قَبُولِ الهَدِيَّةِ والصَّدَقَةِ

---

(١) سورة البقرة ٢٨٠ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٣٧ .

الشرح الكبير

والصَّدَقةِ ، وكما لا تُجبَرُ المرأةُ على التَّزوِيجِ لتأْخُذَ المَهْرَ . والثانيةُ ، يُجْبَرُ على الكَسْبِ . وهو قولُ عُمَرَ بن عبدِ العَزيزِ ، [1]وسَوّارٍ العَنْبَرِىِّ[1] ، وإسحاقَ ؛ لِما رُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ باع سُرَّقًا[2] فى دَيْنِه ، وكان سُرَّقٌ دَخل المَدِينَةَ وذَكَر أنَّ وراءَه مالًا ، فَدايَنَه النّاسُ ، فرَكِبَتْه دُيُونٌ ، ولم يَكُنْ وراءَه مالٌ ، فسَمّاه سُرَّقًا ، وباعَه بخَمْسَةِ أبْعِرَةٍ . رَواه الدّارَقُطْنِىُّ بمَعْناه[3] مِن رِوايَةِ [4]مُسْلِمِ بنِ خالِدٍ الزَّنْجِىِّ[4] ، إلَّا أنَّ فيه كَلامًا . والحُرُّ لا يُباعُ ، ثَبَت أنَّه باعَ مَنافِعَه . ولأنَّ المَنافِعَ تَجرِى مَجْرَى الأعْيانِ فى صِحَّةِ العَقْدِ عليها وتَحْرِيمِ أخْذِ الزكاةِ وثُبُوتِ الغِنَى بها ، فكذلك فى وَفاءِ الدَّيْنِ منها . ولأنَّ الإجارَةَ عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، فجاز إجْبارُه عليه ، كبَيْعِ مالِه . ولأنَّها إجارةٌ لِما يَمْلِكُ إجارَتَه ، فيُجْبَرُ عليها

الإنصاف

والقَرْضِ والهِبَةِ والوَصِيَّةِ والخُلْعِ والتَّزْوِيجِ ، حتى أُمِّ وَلَدِه ، وأخْذِ الدِّيَةِ على قَوَدٍ . وقيل : لا تَسْقُطُ دِيَتُه بعَفْوِه على غيرِ مالٍ أو مُطْلَقًا ، إنْ قُلْنا : يجِبُ بالعَمْدِ أحدُ شَيْئَين . وتقدَّم أنَّه لا يُجْبَرُ على رَدِّ مَبِيعٍ ، إذا كان فيه الأحَظُّ . قال فى « التَّلْخِيصِ » : هو قِياسُ المذهبِ . فعلى المذهبِ ، يَبْقَى الحَجْرُ عليه ببَقاءِ دَيْنِه إلى الوَفاءِ .

(١ - ١) فى ر ، ر ١ ، ق ، م : « وسوار والعنبرى » .

(٢) صحابى من جهينة ، يقال إن اسمه الحباب بن أسد ، شهد فتح مصر وأقام بها . مات فى خلافة عثمان . الإصابة ٣/٤٤ ، ٤٥ .

(٣) فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٣/٦١ ، ٦٢ . كما أخرجه البيهقى بلفظه ، فى : باب ما جاء فى بيع الحر المفلس فى دينه ، من كتاب التفليس . السنن الكبرى ٦/٥٠ .

(٤ - ٤) فى م : « خالد بن مسلم الربحى » ، وفى الأصل ، ر ، ر ١ ، ق : « خالد بن مسلم الزنجى » . والمثبت على الصواب كما فى الدارقطنى . وانظر : تهذيب الكمال ٢٧/٥٠٨ - ٥١٤ .

الشرح الكبير

لوَفاءِ دَيْنِه ، كإجارَةِ أُمِّ وَلَدِه . فإن قِيلَ : حديثُ سُرَّقٍ مَنْسُوخٌ ؛ لأنَّ الحُرَّ لا يُباعُ ، والبَيْعُ وَقَع على رَقَبَتِه ، بدَلِيلِ أنَّ فى الحديثِ أنَّ الغُرَماءَ قالُوا لمُشْتَرِيه : ما تَصْنَعُ به ؟ قال : أعْتِقُه . قالوا : لَسْنا بأزْهَدَ منك فى إعْتاقِه . فأعْتَقُوه . قُلْنا : هذا إثْباتُ نَسْخٍ بالاحْتِمالِ ، ولا يَجُوزُ ، ولم يَثْبُتْ أنَّ بَيْعَ الحُرِّ كانَ جائزًا فى شَرِيعَتِنا ، وحَمْلُ بَيْعِه على بَيْعِ مَنافِعِه أسْهَلُ مِن حَمْلِه على بَيْعِ رَقَبَتِه المُحَرَّمِ ، فإنَّ حَذْفَ المُضافِ وإقامَةَ المُضافِ إليه كَثِيرٌ فى القُرْآنِ ، وفى كَلامِ العَرَبِ ، كقَوْلِه تعالى : ﴿ وَأُشْرِبُواْ فِى قُلُوبِهِمُ ٱلْعِجْلَ ﴾(1) . ﴿ وَسْـَٔلِ ٱلْقَرْيَةَ ﴾(2) . وغيرِ ذلك . وكذلك قَوْلُه : أعْتِقُه . أى من حَقِّى عليه . يَدُلُّ على ذلك قَوْلُه : فأعْتَقُوه . يَعْنِى الغُرَماءَ ، وهم لا يَمْلِكُون إلَّا الدَّيْنَ الذى عليه . وأمّا قَوْلُه تعالى : ﴿ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ . فيُمْكِنُ مَنْعُ دُخُولِه تحتَ عُمُومِها ؛ لِما ذَكَرْنا مِن أنَّه فى حُكْمِ الأغْنِياءِ(3) فى حِرْمانِ الزكاةِ ، وسُقُوطِ نَفَقَتِه عن قَرِيبِه ، ووُجُوبِ نَفَقَةِ قَرِيبِه عليه . وحَدِيثُهم قَضِيَّةُ عَيْنٍ لا يَثْبُتُ حُكْمُها إلَّا فى مِثْلِها ،

الإنصاف

فائدة : الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه يُجْبَرُ على إيجارِ مَوْقُوفٍ عليه ، وإيجارِ أُمِّ وَلَدِه ، إذا اسْتَغْنَى عنها . قال فى « الفُروعِ » : ويُجْبَرُ على إيجارِ ذلك فى الأصحِّ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « القَواعِدِ » ، فى أُمِّ الوَلَدِ . وقيل : لا يُجْبَرُ . وأطْلَقَهما فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » .

---

(1) سورة البقرة 93 .

(2) سورة يوسف 82 .

(3) فى ق : « الإعسار » .

الشرح الكبير

ولم يَثْبُتْ أنَّ لذلك الغَرِيمِ كَسْبًا يَفْضُلُ عن قدْرِ نَفَقَتِه . أمّا قَبُولُ الهَدِيَّةِ والصَّدَقَةِ ، [١١٧/٤و] فمَضَرَّةٌ تَأْباها قُلُوبُ ذَوى المُرُوءَاتِ ؛ لِما فيها مِن المِنَّةِ . فعلى هذا ، لا يُجْبَرُ على الكَسْبِ إلّا مَن كَسْبُه يَفْضُلُ عن نفقتِه ونَفَقَةِ مَن تَلْزَمُه نَفَقَتُه ؛ لِما تَقَدَّمَ .

فصل : ولا يُجْبَرُ على قَبُولِ صَدَقَةٍ ، ولا هَدِيَّةٍ ، ولا وَصِيَّةٍ ، ولا قَرْضٍ ، ولا المَرأةُ على التَّزْوِيجِ ؛ لِيَأْخُذَ مَهْرَها ؛ لأنَّ فى ذلك ضَرَرًا ؛ لِلُحُوقِ[1] المِنَّةِ فى الهَدِيَّةِ والصَّدَقَةِ والوَصِيَّةِ ، والعِوَضِ فى القَرْضِ ، ومِلْكِ الزَّوْجِ للمرأةِ فى النِّكاحِ ، ووُجُوبِ حُقُوقِه عليها . ولو باع بشَرْطِ الخِيارِ ، ثم أفْلَسَ ، فالخِيارُ بحالِه ، ولا يُجْبَرُ على ما فيه الحَظُّ مِن الرَّدِّ والإِمْضاءِ ؛ لأنَّ الفَلَسَ يَمْنَعُه مِن إحْداثِ عَقْدٍ ، أمّا مِن إمْضائِه وتَنْفِيذِ عُقُودِه فلا .

فصل : وإن جُنِىَ على المُفْلِسِ جِنايَةٌ تُوجِبُ المالَ ، ثَبَت ، وتَعَلَّقَتْ حُقُوقُ الغُرَماءِ به ، ولا يَصِحُّ عَفْوُه ، فإن كانت مُوجِبَةً للقِصاصِ ، فهو مُخَيَّرٌ بينَ القِصاصِ والعَفْوِ ، ولا يُجْبَرُ على العَفْوِ على مالٍ ؛ لأنَّ ذلك يُفَوِّتُ القِصاصَ الذى يَجِبُ لمَصْلَحَةِ الزجرِ . فإنِ اقْتَصَّ ، لم يَجِبْ للغُرَماءِ شئٌ ، وإن عَفا على مالٍ ، ثَبَت ، وتَعَلَّقَ به حُقُوقُ الغُرَماءِ . وإن عَفا مُطْلَقًا ، انْبَنَى على الرِّوايَتَيْن فى مُوجَبِ العَمْدِ ، إن قُلْنا : القِصاصُ

الإنصاف ....

(١) فى ر ، ر ١ ، ق : « لخوف » .

الشرح الكبير

خاصَّةً . لم يَثْبُتْ شيءٌ . وإن قُلْنا : أحَدُ أمْرَيْنِ . وَجَبتِ[1] الدِّيَةُ ، وتَعلَّقَتْ بها حُقُوقُ الغُرَماءِ . وإنْ عَفا على غيرِ مالٍ ، وقُلنا : القِصاصُ هو الواجِبُ عَيْنًا . لم يَثْبُتْ شيءٌ . وإنْ قُلْنا : أحَدُ الأمْرَيْنِ . ثَبَتَتِ الدِّيَةُ ، ولم يَصِحَّ إسْقاطُه ؛ لأنَّ عَفْوَه عن القِصاصِ يُثْبِتُ له الدِّيَةَ ، ولا يَصِحُّ إسْقاطُها . وإن وَهَب هِبَةً بشَرْطِ الثَّوابِ ، ثم أفْلَسَ ، فبُذِل له الثَّوابُ ، لَزِمَه قَبُولُه ، ولم يكُنْ له إسْقاطُه ؛ لأنَّه أخذَه على سَبِيلِ العِوَضِ عن المَوْهُوبِ ، [2]فلَزِمَه قَبُولُه[2] ، كالثَّمَنِ في المَبِيعِ . وليس له إسْقاطُ شيءٍ مِن ثَمَنِ مَبِيعٍ ، أو أُجْرَةٍ في[3] إجارَةٍ ، ولا قَبْضُه رَدِيئًا ، ولا قَبْضُ المُسْلَمِ فيه دُونَ صِفاتِه ، إلَّا بإذْنِ[4] غُرَمائِه . ومَذْهَبُ الشافعيِّ في هذا الفَصْلِ على نحوِ ما ذَكَرْنا .

١٩٣١ – مسألة : (ولا يَنْفَكُّ عنه الحَجْرُ إلَّا بحُكْمِ حاكِمٍ) لأنَّه ثَبَت بحُكْمِه ، فلا يَزُولُ إلَّا بحُكْمِه ، كالمَحْجُورِ عليه لسَفَهٍ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه يَزُولُ بقِسْمَةِ مالِه ؛ لأنَّه حُجِر عليه لأجْلِه ، فإذا زال مِلْكُه عنه ،

الإنصاف

قوله : ولا يَنْفَكُّ عنه الحَجْرُ إلَّا بحُكْمِ حاكِمٍ . هذا المذهبُ ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ . قال في « الفُروعِ » : ويَفْتَقِرُ زَوالُه إلى حُكْمٍ في الأصحِّ . جزَم به في « الوَجيزِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » . وقدَّمه في « المُغْنِى » ،

---

(١) في ر ١ ، م : « ثبتت » .

(٢ – ٢) سقط من : الأصل ، ر ١ ، م .

(٣) سقط من : م .

(٤) في ر ، ق : « أن يأذن » .

الشرح الكبير

زال سَبَبُ الحَجْرِ ، فزال الحَجْرُ ، كزَوالِ حَجْرِ المَجْنُونِ لزوالِ جُنُونِه . والأوَّلُ أوْلَى ، وفارَقَ الجُنُونَ ، فإنَّه يَثْبُتُ[1] بنَفْسِه ، فزالَ بزَوالِه ، بخِلافِ هذا ، ولأنَّ فراغَ مالِه يَحْتاجُ إلى مَعْرِفَةٍ وبَحْثٍ ، فوَقَفَ ذلك على الحاكِمِ ، بخِلافِ الجُنُونِ .

فصل : وإذا فُكَّ الحَجْرُ عنه ، فليس لأحَدٍ مُطَالَبَتُه ، ولا مُلازَمَتُه ، حتى يَمْلِكَ مالًا ، فإن [٤/١١٧ظ] جاء الغُرَماءُ عَقِيبَ فَكِّ الحَجْرِ عنه ، فادَّعَوْا أنَّ له مالًا ، لم يُقْبَلْ إلَّا ببَيِّنَةٍ ، فإن جاءُوا بعدَ مُدَّةٍ ، فادَّعَوْا أنَّ فى يَدِه مالًا ، أو ادَّعَوْا ذلك عَقِيبَ فَكِّ الحَجْرِ عنه ، وبَيَّنُوا سَبَبَه ، أحْضَرَه الحاكِمُ وسَألَه ، فإن أنْكَرَ ، فالقولُ قَوْلُه مع يَمِينِه ؛ لأنَّه ما فُكَّ الحَجْرُ عنه حتى لم يَبْقَ له شيءٌ ، وإن أقَرَّ ، وقال : هو لِفلانٍ وأنا وَكِيلُه . أو مُضَارِبُه . وكان المُقَرُّ له حَاضِرًا ، سَألَه الحَاكِمُ ، فإن صَدَّقَه ، فهو له ، ويَسْتَحْلِفُه الحاكمُ ؛ لجَوازِ أن يكونا تَواطآ على ذلك ؛ ليَدْفَعَ المُطالَبَةَ عن المُفلِسِ . وإن لم يُصَدِّقْه عَرَفْنا كَذِبَ المُفْلِسِ ، فيَصِيرُ كأنَّه أقَرَّ أنَّ المالَ له[2] ، فيُعادُ الحَجْرُ عليه إن طَلَب الغُرَماءُ ذلك . فإن أقَرَّ لغائِبٍ ، أُقِرَّ فى يَدَيْه حتى يَحْضُرَ الغائِبُ ، ثم يُسْأَلَ ، كما حَكَمْنا فى الحاضِرِ .

الإنصاف

و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، يزُولُ الحَجْرُ بقَسْمِ مالِه .

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل : « لنفسه » .

المقنع

فَإِذَا فَكَّ عَنْهُ الْحَجْرَ ، فَلَزِمَتْهُ دُيُونٌ ، وَحَجَرَ عَلَيْهِ ، شَارَكَ غُرَمَاءُ الْحَجْرِ الْأَوَّلِ غُرَمَاءَ الْحَجْرِ الثَّانِى . وَإِنْ كَانَ لِلْمُفْلِسِ حَقٌّ لَهُ بِهِ شَاهِدٌ ، فَأَبَى أَن يَحْلِفَ مَعَهُ ، لَمْ يَكُنْ لِغُرَمَائِهِ أَنْ يَحْلِفُوا .

الشرح الكبير

١٩٣٢ – مسألة : (ومتى فَكَّ عنه الحَجْرَ ، فلَزِمَتْه دُيُونٌ) وظَهَر له مالٌ (فحَجَرَ عليه ، شارَكَ غُرَماءُ الحَجْرِ الأوَّلِ غُرَماءَ الحَجْرِ الثانِى) إلَّا أنَّ الأوّلِين يَضْرِبُون ببَقِيَّةِ دُيُونِهم ، والآخَرين يَضْرِبُون بجَمِيعِها . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال مالِكٌ : لا يَدْخُلُ غُرَماءُ الحَجْرِ الأوَّلِ على هؤلاءِ الذين تَجَدَّدَتْ حُقُوقُهم حتى يَسْتَوْفُوا ، إلَّا أن يكونَ له فائِدَةٌ مِن مِيراثٍ ، أو يُجْنَى عليه جِنايَةٌ ، فيَتَحاصَّ الغُرَماءُ فيه . ولَنا ، أنَّهم تَساوَوْا فى ثُبُوتِ حُقُوقِهم فى ذِمَّتِه ، فتَساوَوْا فى الاسْتِحْقاقِ ، كالذين ثَبَتَتْ حُقُوقُهم فى حَجْرٍ واحِدٍ ، وكتَساوِيهم فى المِيراثِ وأَرْشِ الجِنايَةِ ، ولأنَّ كَسْبَه مالٌ له ، فتَساوَوْا فيه ، كالمِيراثِ .

١٩٣٣ – مسألة : (وإن كان للمُفْلِسِ حَقٌّ له به شاهِدٌ ، فأبَى أن يَحْلِفَ معه ، لم يَكُنْ لغُرَمائِه أن يَحْلِفُوا) المُفْلِسُ فى الدَّعْوَى كغَيْرِه ، فإذا ادَّعَى حَقًّا له به شاهِدُ عَدْلٍ ، وحَلَف مع شاهِدِه ، ثَبَت المالُ ، وتَعَلَّقَتْ به حُقُوقُ الغُرَماءِ . وإنِ امْتَنَعَ لم يُجْبَرْ ؛ لأنَّنا لا نَعْلَمُ صِدْقَ الشّاهِدِ ، ولو

الإنصاف

تنبيه : يُؤْخَذُ مِن قوْله : وإنْ كان للمُفْلِسِ حَقٌّ له به شاهِدٌ ، فأبَى أنْ يَحْلِفَ معه ، لم يكنْ لغُرَمائِه أنْ يَحْلِفُوا . عدَمُ وُجوبِ اليَمِينِ عليه ، وهو كذلك ؛ لاحْتِمالِ شُبْهَةٍ .

المقنع

فَصْلٌ : الْحُكْمُ الرَّابِعُ ، انْقِطَاعُ الْمُطَالَبَةِ عَنْهُ ، فَمَنْ أَقْرَضَهُ شَيْئًا ، أَوْ بَاعَهُ ، لَمْ يَمْلِكْ مُطَالَبَتَهُ حَتَّى يُفَكَّ الْحَجْرُ عَنْهُ .

الشرح الكبير

ثَبَت الحَقُّ بشَهادَتِه لم يَحْتَجْ إلى يَمِينٍ معه ، فلا نُجْبِرُه على (1)الحَلِفِ على(1) ما لا نَعْلَمُ صِدْقَه ، كغيرِه . فإن قال الغُرَماءُ : نحن نَحْلِفُ مع الشّاهِدِ . لم يكُنْ لهم ذلك . وبهذا قال الشافعيُّ فى الجَدِيدِ . وقال فى القَدِيمِ : يَحْلِفُون معه ؛ لأنَّ حُقُوقَهم تَعَلَّقَتْ بالمالِ ، فكان لهم أن يَحْلِفُوا ، كالوَرَثَةِ يَحْلِفُون على مالِ مَوْرُوثِهم . ولَنا ، أنَّهم يُثْبِتُون مِلْكًا لغيرِهم لتَعلُّقِ حُقُوقِهم به بعدَ ثُبُوتِه ، فلم يَجُزْ لهم ذلك ، كالمرأةِ تَحْلِفُ لإِثْباتِ مِلْكِ زَوْجِها ، لتَعلُّقِ نَفَقَتِها به ، وكالوَرَثَةِ قبلَ مَوْتِ مَوْرُوثِهم . وفارَقَ ما بعدَ المَوْتِ ، فإنَّ المالَ انْتَقَلَ إليهم ، فهم يُثْبِتُون بأيْمانِهم مِلْكًا لأنْفُسِهم .

فصل : (الحُكْمُ الرّابعُ ، انْقِطاعُ المُطالَبَةِ عن المُفْلِسِ ، فمَن أقْرَضَه شَيْئًا ، أو باعَه ، لم يَمْلِكْ مُطَالبَتَه حتى يُفَكَّ الحَجْرُ عنه) إذا تَصَرَّفَ المَحْجُورُ [٤/١١٨و] عليه فى ذِمَّتِه ، بشِراءٍ أو اقْتِراضٍ ، صَحَّ ؛ لأنه أهْلٌ للتَّصرُّفِ ، والحَجْرُ إنَّما تَعَلَّقَ بمالِه ، وقد ذَكَرْناه . وليس للبائعِ ولا

الإنصاف

قوله : الحُكْمُ الرَّابعُ ، انْقِطاعُ المُطَالَبَةِ عنِ المُفْلِسِ ، فمَن أقْرَضَه شيئًا ، أو باعَهَ ، لم يَمْلِكْ مُطالَبَته حتى يُفَكَّ الحَجْرُ عنه . هذا المذهبُ . وتقدَّم كلامُه فى « المُبْهِجِ » ، فى الجاهِلِ . وتقدَّم رِوايَةٌ بصِحَّةِ إقْرارِه إذا أضافَه إلى ما قبلَ الحَجْرِ ، عندَ قَوْلِه : وإنْ تصَرَّفَ فى ذِمَّتِه بشِراءٍ أو ضَمانٍ أو إقْرارٍ ، صحَّ ، ويُتْبَعُ به بعدَ

(١ - ١) سقط من : م .

المقنع

فَصْلٌ : الضَّرْبُ الثَّانِى ، الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ لِحَظِّهِ ؛ وَهُوَ الصَّبِىُّ ، وَالْمَجْنُونُ ، وَالسَّفِيهُ ،...........................

الشرح الكبير

لِلمُقْرِضِ مُطالَبَتُه فى حالِ الحَجْرِ ؛ لأنَّ حَقَّ الغُرَماءِ تَعَلَّقَ بعَيْنِ مالِه المَوْجُودِ حالَ الحَجْرِ ، وبما يَحْدُثُ له مِن المالِ ، فقُدِّمُوا على غيرِهم ممَّن لم يَتَعَلَّقْ حَقُّه بعَيْنِ المالِ ، كتَقْدِيمِ حَقِّ المُرْتَهِنِ بثَمَنِ الرَّهْنِ ، وتَقْدِيمِ حَقِّ المَجْنِىِّ عليه بثَمَنِ العَبْدِ الجانِى ، فلا يُشارِكُ أصْحابُ هذه الدُّيُونِ الغُرَماءَ ؛ لِما ذَكَرْنا ، ولأنَّ مَن عَلِم منهم بفَلَسِه ، فقد رَضِىَ بذلك ، ومَن لم يَعْلَمْ فهو مُفَرِّطٌ . ويَتْبَعُونَه بعدَ فَكِّ الحَجْرِ عنه ، كما لو أقَرَّ لإنْسانٍ بمالٍ بعدَ الحَجْرِ عليه ، وفى إقْرارِه خِلافٌ ذَكَرْناه فيما مَضَى . فإن وَجَد البائِعُ والمُقْرِضُ أعْيانَ أمْوالِهما ، فهل لهما الرُّجُوعُ فيها ؟ على وَجْهَيْن ؛ أحَدُهما ، لهما ذلك ؛ للخَبَرِ . والثانِى ، لا فَسْخَ لهما ؛ لأنَّهما دَخَلا على بَصِيرَةٍ بخَرابِ الذِّمَّةِ ، فأشْبَهَ مَن اشْتَرَى مَعِيبًا يَعْلَمُ عَيْبَه ، وقد ذَكَرْنا ذلك . واللهُ أعلَمُ .

فصل : قال الشيخُ ، رَحِمَه اللهُ : (الضَّرْبُ الثانِى ، المَحْجُورُ عليه لِحَظِّه ؛ وهو الصَّبِىُّ ، والمَجْنُونُ ، والسَّفِيهُ) الحَجْرُ على هؤلاءِ الثَّلاثَةِ

الإنصاف

فَكِّ الحَجْرِ عنه .

قوله : الضَّرْبُ الثَّانِى ، المَحْجُورُ عليه لِحَظِّه ؛ وهو الصَّبِىُّ ، والمَجْنونُ ، والسَّفِيهُ ، فلا يَصِحُّ تَصَرُّفُهم قبلَ الإذْنِ . وهذا المذهبُ فى الجُمْلَةِ ، وعليه الأصحابُ . وظاهِرُه أنَّ هِبَةَ الصَّبِىِّ لا تصِحُّ ، ولو كان مُمَيِّزًا . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ . وسُئِلَ أحمدُ : متى تصِحُّ هِبَةُ الغُلامِ ؟

المقنع فَلَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُمْ قَبْلَ الْإِذْنِ .وَمَنْ دَفَعَ إِلَيْهِمْ مَالَهُ بِبَيْعٍ أَوْ قَرْضٍ، رَجَعَ فِيهِ مَا كَانَ بَاقِيًا ، وَإِنْ تَلِفَ ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِ مَالِكِهِ ، عَلِمَ بِالْحَجْرِ ، أَوْ لَمْ يَعْلَمْ .

الشرح الكبير حَجْرٌ عامٌّ ؛ لأنَّهم يُمْنَعُون التَّصرُّفَ فى أمْوالِهم وذِمَمِهم . والأصْلُ فى الحَجْرِ عليهم قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَـٰمًا ﴾[1] . وقَوْلُه :﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ﴾[2] الآية . قال سعيدُ ابنُ جُبَيْرٍ، وعِكْرِمَةُ : هو مالُ اليَتِيمِ عِنْدَك ، لا تُؤْتِه إيّاه ، وأنْفِقْ عليه . وإنَّما أضاف الأمْوالَ إلى الأوْلِياءِ ، وهى لغيرِهم ؛ لأنَّهم قُوَّامُها ومُدَبِّرُوها[3] . وقَوْلُه : ﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ﴾ . أىِ اخْتَبِرُوهُم فى حِفْظِهم لأمْوالِهم .

١٩٣٤ – مسألة : (فلا يَصِحُّ تَصَرُّفُهم قبلَ الإِذْنِ) لأنَّ تَصْحِيحَ تَصَرُّفِهم يُفْضِى إلى ضَياعِ أمْوالِهم ، وفيه ضَرَرٌ عليهم .

١٩٣٥ – مسألة : (ومَن دَفَع إليهم مالَه ببَيْعٍ أو قَرْضٍ رَجَعَ فيه ما كان باقِيًا) لأنه عَيْنُ مالِه وتَصَرُّفُهم فاسِدٌ . فإنْ أتْلَفَه واحِدٌ منهم (فهو مِن

الإنصاف قال : ليس فيه اختِلافٌ إذا احْتَلَمَ ، أو يَصِيرُ ابنَ خَمْسَ عشْرَةَ سنَةً . وذكَر بعضُ الأصحابِ رِوايَةً فى صِحَّةِ إبْرائِه . فالهِبَةُ مِثْلُه . ويأْتِى ، هل تصِحُّ وَصِيَّته وغيرُها ، أمْ لا ؟ .

قوله : ومَن دفع إليهم – يَعْنِى ، إلى الصَّبِىِّ ، والمَجْنونِ ، والسَّفِيهِ – مالَه

---

(١) سورة النساء ٥ .

(٢) سورة النساء ٦ .

(٣) فى الأصل : « مديروها » .

الشرح الكبير

ضَمانِ مالِكِه) وكذلك إن تَلِف فى يَدِه ؛ لأنَّه سَلَّطَه عليه برِضاهُ ، وسواءٌ (عَلِم بالحَجْرِ) على السَّفِيهِ (أو لم يَعْلَمْ) لأنَّه إن عَلِم فقد فرَّطَ ، وإن لم يَعْلَمْ فهو مُفَرِّطٌ أيضًا ، إذ كان فى مَظِنَّةِ الشُّهْرَةِ . هذا إذا كان صاحِبُه قد سَلَّطَه عليه ، فأمّا إن حَصَل فى يَدِه باخْتِيارِ صاحِبه مِن غيرِ تَسْلِيطٍ ، كالوَدِيعَةِ والعارِيَّةِ ، فاخْتارَ القاضى أنَّه يَلْزَمُه الضَّمانُ إن أتْلَفَه أو تَلِف بتَفْرِيطِه ، إن كان سَفِيهًا ؛ لأنَّه أتْلَفَه بغيرِ اخْتِيارِ صاحِبه ، فأشْبَهَ ما لو كان القَبْضُ بغيرِ اخْتِيارِه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَضْمَنَ ؛ لأنَّه عَرَّضَها لإتْلافِه وسَلَّطَه عليها ، فأشْبَهَ المَبِيعَ .

الإنصاف

ببَيْعٍ ، أو قَرْضٍ ، رجَع فيه ما كان باقِيًا ، وإنْ تَلِفَ ، فهو مِن ضَمانِ مالِكِه ، عَلِمَ بالحَجْرِ أو لم يَعْلَمْ . هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، وقيل : يَضْمَنُ المَجْنونُ . وقيل : يَضْمَنُ السَّفِيهُ إذا جَهِلَ أنَّه مَحْجُورٌ عليه . واخْتارَ فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » الضَّمانَ مُطْلَقًا ، واخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ . ذكَرَه الزَّرْكَشِيُّ . قلتُ : وهو الصَّوابُ ، كتَصرُّفِ العَبْدِ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه ، والفَرْقُ على المذهبِ عُسْرٌ .

تنبيه : محَلُّ هذا ، إذا كان صاحِبُ المالِ قد سلَّطَه عليه ؛ كالبَيْعِ والقَرْضِ ، ونحوِهما . قال المُصَنِّفُ : فأمَّا إنْ حصَل فى أيْدِيهم باخْتِيارِ صاحبِه مِن غيرِ تَسْليطٍ ؛ كالوَدِيعَةِ ، والعارِيَّةِ ، ونحوِهما ، أو أعارَ عَبِيدًا مالًا فأتْلَفُوه ، فقيلَ : لا يَضْمَنُون

المقنع وَإِنْ جَنَوْا ، فَعَلَيْهِمْ أَرْشُ الْجِنَايَةِ .

الشرح الكبير **١٩٣٦** - [١]مسألة : (وإن جَنَوْا فعليهم أَرْشُ الجِنايَـةِ)[١]

[٤/١١٨ظ] أمّا ما أخَذَه بغيرِ اخْتِيارِ المالِكِ ، كالغَصْبِ والجِنايَةِ ، فعليه ضَمانُه ؛ لأنَّه لا تفريطَ مِن المالِكِ . وكذلك الحُكْمُ فى الصَّبىِّ والمَجْنُونِ . [٢]ومَذْهَبُ الشافعىِّ على ما ذَكَرْنا[٢] . فإنْ أَوْدَعَ عندَ الصَّبىِّ والمَجْنُونِ ، أو أعارَهما ، فلا ضَمانَ عليهما فيما تَلِف بتَفْرِيطِهما ؛ لأنَّهما لَيْسا مِن أَهْلِ الحِفْظِ . وإن أتْلَفاه ، ففيه وَجْهانِ ، نَذْكُرُهما فى الوَدِيعَةِ .

الإنصاف ذلك . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ » ، فى بابِ الوَدِيعَةِ . وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وقيل : يَضْمَنُون . اخْتارَه القاضى . وقيل : يَضْمَنُ العَبْدُ وحدَه . وقد قطَع فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُقْنِعِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، وغيرِهم ، بضَمانِ العَبْدِ إذا أتْلَفَ الوَدِيعَةَ . وأطْلَقَ فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، الخِلافَ فى ضَمانِ الصَّبىِّ الوَدِيعَةَ إذا أتْلَفَها ، وكذلك أطْلَقه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقيل : يَضْمَنُ العَبْدُ ، والسَّفِيهُ . وأطْلَقَهُنَّ فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وأطْلَقَهُنَّ فى « المُحَرَّرِ » ، فى بابِ الوَدِيعَةِ . ويأْتِى ذلك فى كلامِ المُصَنِّفِ هناك بأَتَمَّ مِن هذا مُحَرَّرًا .

قوله : فإنْ جَنَوْا ، فعليهم أَرْشُ الجِنايَةِ . بلا نِزاعٍ . ويَضْمَنُون أيضًا ، إذا أتْلَفُوا شيئًا ، لم يُدْفَعْ إليهم .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢ - ٢) سقط من : م .

المقنع

وَمَتَى عَقَلَ الْمَجْنُونُ ، وَبَلَغَ الصَّبِىُّ ، وَرَشَدَا ، انْفَكَّ الْحَجْرُ عَنْهُمَا بِغَيْرِ حُكْمِ حَاكِمٍ ، وَدُفِعَ إِلَيْهِمَا مَالُهُمَا ، وَلَا يَنْفَكُّ قَبْلَ ذَلِكَ بِحَالٍ .

الشرح الكبير

١٩٣٧ - مسألة : (ومتى عَقَلَ المَجْنُونُ ، وبَلَغ الصَّبِىُّ ، ورَشَدا، انْفَكَّ الحَجْرُ عنهما بغيرِ حُكْمِ حاكِمٍ ، ودُفِعِ إليهما مالُهما ، ولا يَنْفَكُّ قبلَ ذلك بحالٍ) إذا عَقَل المَجْنُونُ ورَشَد انْفَكَّ الحَجْرُ عنه ، ولا يَحْتاجُ إلى حُكْمِ حاكِمٍ ، بغيرِ خِلافٍ ، وكذلك الصَّبىُّ إذا بَلَغ ورَشَد . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ . وقال مالكٌ : لا يَزُولُ إلَّا بِحاكِمٍ[1] . وهو قولُ بعضِ أصحابِ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّه مَوْضِعُ اجْتِهادٍ ونَظَرٍ ، فإنَّه يَحْتَاجُ فى مَعْرِفَةِ البُلُوغِ والرُّشْدِ إلى اجْتِهادٍ ، فيُوقَفُ ذلك على حُكْمِ الحاكِمِ ، كزوالِ الحَجْرِ عن السَّفِيهِ . ولَنا ، قَوْلُه تعالى : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾[2] . أمَرَ بدَفْعِ أمْوالِهم إليهم عندَ البُلُوغِ وإيناسِ الرُّشْدِ ، فاشْتِراطُ حُكْمِ الحاكِمِ زِيادَةٌ تَمْنَعُ الدَّفْعَ عندَ وُجودِ

الإنصاف

قوله : ومتى عقَل المَجْنونُ ، وبلَغ الصَّبِىُّ ، ورشَدا ، انْفَكَّ الحَجْرُ عنهما بغيرِ حُكْمِ حاكِمٍ . وهو المذهبُ ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ ، ونصَّ عليه . وقيل : لا يَنْفَكُّ إلَّا بحُكْمِ حاكِمٍ . اخْتارَه القاضى . وقيل : لا يَنْفَكُّ فى الصَّبِىِّ إلَّا بحُكْمِ حاكِمٍ ، ويَنْفَكُّ فى غيرِه بمُجَرَّدِ رُشْدِه .

---

(١) فى ر ١ ، م : « بحكم حاكم » .

(٢) سورة النساء ٦ .

الشرح الكبير

ذلك ، حتى يَحْكُمَ الحاكِمُ ، وهذا مُخالِفٌ لظاهِرِ النَّصِّ ، ولأنَّه حَجْرٌ ثَبَت بغيرِ حُكْمِ حاكِمٍ ، فيَزُولُ بغيرِ حُكْمِه ، كالحَجْرِ على المَجْنُونِ ، ولأنَّ الحَجْرَ عليه إنَّما كان لعَجْزِه عن التَّصَرُّفِ فى مالِه على وَجْهِ المَصْلَحَةِ ، حِفْظًا لمالِه عليه ، فمتى بَلَغ ورَشَد ، زال الحَجْرُ ؛ لزَوالِ سَبَبِه ، والسَّفِيهُ لنا فيه مَنْعٌ . فعلى هذا ، الحَجْرُ مُنْقَسِمٌ إلى ثَلاثَةِ أقْسامٍ ؛ قِسْمٌ يَزُولُ بغَيْرِ حُكْمِ الحاكِمِ ، وهو الحَجْرُ للجُنُونِ . وقِسْمٌ لا يَزُولُ إلَّا بحُكْمِ حاكِمٍ ، وهو الحَجْرُ للسَّفَهِ . وقِسْمٌ فيه الخِلافُ ، وهو الحَجْرُ للصِّبَا[1] .

فصل : ومتى انْفَكَّ الحَجْرُ عنهما ، دُفِع إليهما مالُهما ؛ لقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ . قال ابنُ المُنْذِرِ : اتَّفَقُوا على ذلك . ولأنَّ مَنْعَه مِن التَّصَرُّفِ إنَّما كان لعَجْزِه عن التَّصَرُّفِ ، حِفْظًا لمالِه ، فإذا صار أهْلًا للتَّصَرُّفِ ، زال الحَجْرُ ؛ لزَوالِ سَبَبِه .

فصل : ولا يَنْفَكُّ عنه الحَجْرُ ، ولا يُدْفَعُ إليه مالُه قبلَ البُلُوغِ والرُّشْدِ ، ولو صار شيخًا . وهو قولُ الأكْثَرِين . قال ابنُ المُنْذِرِ : أكْثَرُ عُلَماءِ الأمْصارِ مِن أهلِ العِراقِ ، والحِجازِ ، والشّامِ ، ومِصْرَ ، يَرَوْن الحَجْرَ على كلِّ مُضَيِّعٍ لمالِه ، صَغِيرًا كان أو كَبِيرًا . وبه قال القاسِمُ بنُ

الإنصاف ....

(١) فى ر ١ ، م : « على الصبى » .

الشرح الكبير

محمدٍ ، ومالِكٌ ، والشافعيُّ ، وأبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ . وروَى الجُوزْجانِيُّ ، فى « كِتابِه » قال : كان القاسِمُ بنُ محمدٍ يَلِى أمْرَ شيخٍ مِن قُرَيْشٍ ذى أهْلٍ ومالٍ ، فلا يَجُوزُ له أمْرٌ فى مالِه دُونَه ؛ لضَعْفِ عَقْلِه . قال ابنُ إسحاقَ : رَأيْتُه شيخًا يَخْضِبُ ، وقد جاء إلى القاسِمِ بنِ محمدٍ ، فقال : يا أبا محمدٍ [١١٩/٤و] ادْفَعْ إلَيَّ مالِى ، فإنَّه لا يُولَّى على مِثْلِى . فقال : إنَّك فاسِدٌ . فقال : امْرَأتُه طالِقٌ ألْبَتَّةَ ، وكلُّ مَمْلُوكٍ له حُرٌّ ، إن لم تَدْفَعْ إلَيَّ مالِى . فقال القاسِمُ بنُ محمدٍ : وما يَحِلُّ لَنا أن نَدْفَعَ إليك مالَك على حالِك هذه . فبَعَثَ إلى امْرَأتِه ، وقال : هى حُرَّةٌ مُسْلِمَةٌ ، وما كُنْتُ لأحْبِسَها عَلَيْكَ وقد فُهْتَ بطَلاقِها . فأرْسَلَ إليها فأخْبَرَها ذلك ، وقال : أمّا رَقِيقُكَ فلا عِتْقَ لك ولا كَرَامَةَ . فَحَبَسَ رَقِيقَه . قال ابنُ إسحاقَ : ما كان يُعابُ على الرجلِ إلَّا سَفَهُه . وقال أبو حَنِيفَةَ : لا يُدْفَعُ مالُه إليه قبلَ خَمْسٍ وعِشْرِين سَنَةً ، وإن تَصَرَّفَ نَفَذ تَصَرُّفُه ، فإذا بَلَغ خَمْسًا وعِشْرِين سَنَةً ، فُكَّ الحَجْرُ عنه ودُفِعَ إليه مالُه ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ ﴾[1] . وهذا قد بَلَغ أشُدَّه ، ويَصْلُحُ أن يكونَ جَدًّا ، ولأنَّه حُرٌّ بالِغٌ عاقِلٌ مُكَلَّفٌ ، فلا يُحْجَرُ عليه ، كالرَّشِيدِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ﴾ . أى أمْوالَهم . وقَوْلُه تعالى : ﴿ وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ . عَلَّقَ الدَّفْعَ على

الإنصاف ....

(١) سورة الأنعام ١٥٢ ، وسورة الإسراء ٣٤ .

الشرح الكبير

شَرْطَيْن ، والحُكْمُ المُعَلَّقُ على شَرْطَيْن لا يَثْبُتُ بدُونِهما . وقال تعالى : ﴿ فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ ﴾[1] . فأثبتَ الوِلايَةَ على السَّفِيهِ ، ولأنَّه مُبَذِّرٌ ، فلم يَجُزْ دَفْعُ مالِه إليه ، كمَن له دُونَ ذلك . وأمّا الآيَةُ التى احْتَجَّ[2] بها ، فإنَّما تَدُلُّ بدَلِيلِ خِطابِها ، وهو [3]لا يَقُولُ[3] به ، ثم هى مُخَصَّصَةٌ فيما قبلَ خَمْسٍ وعِشْرِين بالإِجْماعِ ؛ لعِلَّةِ السَّفَهِ ، وهو مَوْجُودٌ بعدَ خَمْسٍ وعِشْرِين ، فيَجِبُ أن يُخَصَّ به أيضًا ، كما أنَّها لَمّا خُصِّصَتْ فى حَقِّ المَجْنُونِ لجُنُونِه فيما قبلَ خَمْسٍ وعِشْرِين خُصِّصَتْ بعدَها . وما ذَكَرْنا من المَنْطُوق أَوْلَى ممّا اسْتَدَلَّ به مِن المَفْهُومِ المُخَصَّصِ . وقَوْلُه : إنَّه صار يَصْلُحُ جَدًّا . لا مَعْنًى تحتَه يَقْتَضِى الحُكْمَ ، ولا له أصْلٌ يَشْهَدُ له[4] فى الشَّرْعِ ، فهو إثْباتٌ للحُكْمِ بالتَّحَكُّمِ ، ثم هو مُتَصَوَّرٌ ممَّن له[5] دُونَ هذا السِّنِّ ، فإنَّ المرأةَ تكونُ جَدَّةً لإِحْدَى وعِشْرِين سَنَةً . وقِياسُهم مُنْتَقِضٌ بمَن له دُونَ خَمْسٍ وعِشْرِين سَنَةً ، فما أَوْجَبَ الحَجْرَ قبلَها يُوجِبُه بعدَها . إذا ثَبَت هذا ، فإنَّه لا يَصِحُّ تَصَرُّفُه ولا إقْرارُه . وقال أبو حَنِيفَةَ : يَصِحُّ بَيْعُه وإقْرارُه ؛ لأنَّ البالِغَ عندَه لا يُحْجَرُ عليه ، وإنَّما لم يُسَلَّمْ إليه

(١) سورة البقرة ٢٨٢ .
(٢) فى م : « احتجوا » .
(٣) فى الأصل : « ما يفعل » .
(٤) سقط من : الأصل .
(٥) فى م : « هو » .

المقنع

وَالْبُلُوغُ [١١٨و] يَحْصُلُ بِالِاحْتِلَامِ ، أَوْ بُلُوغِ خَمسَ عَشْرَةَ سَنَةً ، أَوْ نَبَاتِ الشَّعَرِ الْخَشِنِ حَوْلَ الْقُبُلِ ، وَتَزِيدُ الْجَارِيَةُ بِالْحَيْضِ وَالْحَمْلِ .

الشرح الكبير

مالُه[1] ؛ للآيَةِ . ولَنا ، أنَّه لا يُدْفَعُ إليه مالُه ؛ لعَدَمِ رُشْدِه ، فلم يَصِحَّ تَصَرُّفُه وإقْرارُه ، كالصَّبِيِّ والمَجْنُونِ ، ولأنَّه إذا نَفَذ تَصَرُّفُه وإقْرارُه تَلِف مالُه ، ولم يُفِدْ مَنْعُه مِن مالِه شيئًا ، ولأنَّ تَصَرُّفَه لو كان نافِذًا ، لسُلِّمَ إليه مالُه ، كالرَّشِيدِ ، فإنَّه إنَّما مُنِع مالَه حِفْظًا له ، فإذا لم يُحْفَظْ بالمَنْعِ ، وَجَب تَسْلِيمُه إليه بحُكْمِ الأصْلِ .

[٤/١١٩ظ] **١٩٣٨** – مسألة : (والبُلُوغُ يَحْصُلُ بالاحْتِلامِ ، أو بُلوغِ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً ، أو نَباتِ الشَّعَرِ الخَشِنِ حَوْلَ القُبُلِ ، وتَزِيدُ الجارِيَةُ بالحَيْضِ والحَمْلِ) يَثْبُتُ البُلُوغُ فى حَقِّ الجارِيَةِ والغُلامِ بأحَدِ الأشْياءِ الثَّلاثَةِ المَذْكُورَةِ ، وهى ؛ خُرُوجُ المَنِىِّ مِن القُبُلِ ، وهو الماءُ الدّافِقُ الذى يُخْلَقُ منه الوَلَدُ ، كيفما خَرَج فى يَقَظَةٍ أو مَنامٍ ، بجِماعٍ أو احْتِلامٍ ، أو غيرِ ذلك ، يَحْصُلُ به البُلُوغُ . لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لقَوْلِ

الإنصاف

قوله : والبُلُوغُ يَحْصُلُ بالاحْتِلامِ – بلا نِزاعٍ – أو بُلُوغِ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً ، أو نَباتِ الشَّعَرِ الخَشِنِ حولَ القُبُلِ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، ونقَلَه الجماعَةُ عن أحمدَ . وحُكِىَ عنه رِوايَةٌ ، لا يَحْصُلُ البُلوغُ بالإِنْباتِ . وقال فى « الفائقِ » : ويَحْصُلُ البُلُوغُ بإكْمالِ خَمْسَ عشْرَةَ سَنَةً . وعنه ، الذَّكَرُ وحدَه .

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

اللهِ تعالى : ﴿ وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَـٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُواْ ﴾[1] . وقَوْلِه : ﴿ وَٱلَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُواْ ٱلْحُلُمَ مِنكُمْ ﴾[2] . وقولِ النبيِّ ﷺ : « رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ ؛ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ » . رواه أبو داودَ[3] . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعُوا على أنَّ الفَرائِضَ والأحْكامَ تَجِبُ على المُحْتَلِمِ العاقِلِ ، وعلى المرأةِ بظُهُورِ الحَيْضِ منها . الثانى ، السِّنُّ ، وهو بُلُوغُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً ، [4]يَحْصُلُ به البُلُوغُ[4] فى حَقِّ الغُلامِ والجارِيَةِ . وبهذا قال

الإنصاف

قوله : وتَزِيدُ الجارِيَةُ بالحَيْضِ والحَمْلِ . بلا نِزاعٍ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » : وحَمْلُها دَلِيلُ [٢/ ١٤١ظ] إنْزالِها ، وقَدْرُه ، أقَلُّ مُدَّةِ الحَمْلِ . وكذا قال الزَّرْكَشِيُّ ، وغيرُهم . وعنه ، لا يَحْصُلُ بُلُوغُها بغيرِ الحَيْضِ . نقَلَها جماعَةٌ . قال أبو بَكْرٍ : هذا قَوْلٌ أوَّلُ .

فائدة : لو وُجِدَ مَنِيٌّ مِن ذَكَرِ خُنْثَى مُشْكِلٍ ، فهو عَلَمٌ على بُلوغِه ، وكَوْنِه رَجُلًا . وإنْ خرَج مِن فَرْجِه ، أو حاضَ ، كان عَلَمًا على بُلوغِه ، وكَوْنِه امْرأةً . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . وجزَم به فى « الكافِى » . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وصحَّحه فى « التَّلْخيصِ » . قال فى « الرِّعايةِ » : والصَّحيحُ ، أنَّ الإنْزالَ علامَةُ البُلوغِ مُطْلَقًا . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . وقال القاضى : ليس واحِدٌ منهما عَلَمًا على البُلوغِ . قال فى « عُيونِ المَسائلِ » : إنْ حاضَ مِن فَرْجِ المرْأةِ ، أوِ احْتَلَمَ منه ، أو أنْزَلَ مِن ذَكَرِ الرَّجُلِ ، لم يُحْكَمْ ببُلوغِه ؛ لجَوازِ

---

(١) سورة النور ٥٩ .

(٢) سورة النور ٥٨ .

(٣) تقدم تخريجه فى ١٥/٣ .

(٤ - ٤) سقط من : م .

الشرح الكبير

الأَوْزاعِيُّ ، والشافعيُّ ، أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ . وقال داودُ : لا حَدَّ للبُلوغِ مِن السِّنِّ ؛ لقَوْلِه عليه السَّلامُ : « رُفِعَ الْقَلَمُ (١)عَنْ ثَلَاثٍ(١) ؛ عَنِ الصَّبىِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ » . وإثْباتُ البُلوغِ بغيرِه يُخالِفُ الخَبَرَ . وهذا قَوْلُ مالِكٍ . وقال أصْحابُه : سَبْعَ عَشْرَةَ ، أو ثَمانِىَ عَشْرَةَ . وعن أبى حَنِيفَةَ فى الغُلامِ رِوايَتانِ ؛ إحْداهما ، سَبْعَ عَشْرَةَ . والثانِى ، ثَمانِىَ عَشْرَةَ ، والجارِيَةُ سَبْعَ عَشْرَةَ بكُلِّ حالٍ ؛ لأنَّ الحَدَّ لا يَثْبُتُ إلَّا بتَوْقِيفٍ أو اتِّفاقٍ ، ولا تَوْقِيفَ فيما دُونَ هذا ، ولا اتِّفاقَ . ولَنا ، أنَّ ابنَ عُمَرَ قال : عُرِضْتُ على النبىِّ ﷺ وأنا ابنُ أرْبَعَ عَشْرَةَ فلم يُجِزْنِى فى القِتالِ ، وعُرِضْتُ عليه وأنا ابنُ خَمْسَ عَشْرَةَ فأجازَنِى . مُتَّفَقٌ عليه(٢) . وفى لفظٍ : عُرِضْتُ عليه يومَ أُحُدٍ وأنا ابنُ أرْبَعَ عَشْرَةَ فرَدَّنِى ، ولم يَرَنِى بَلَغْتُ ، وعُرِضْتُ عليه عامَ الخَنْدَقِ وأنا ابنُ خَمْسَ عَشْرَةَ فأجازَنِى . فأُخْبِرَ بهذا عُمَرُ بنُ عبدِ العَزِيزِ ، فكَتَبَ إلى عُمّالِه : أن لا تَفْرِضُوا إلَّا لمَن بَلَغَ خَمْسَ عَشْرَةَ . رَواه الشافعىُّ

الإنصاف

كَوْنِه خِلْقَةً زائِدَةً ، وإنْ حاضَ مِن فَرْجِ النِّساءِ ، وأنْزَلَ مِن ذَكَرِ الرَّجُلِ ، فبالِغٌ ، بلا إشْكالٍ . انتهى . وإنْ خرَج المَنِىُّ مِن ذَكَرِه ، والحَيْضُ مِن فَرْجِه ، فمُشْكِلٌ ، ويَثْبُتُ البُلوغُ بذلك . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال القاضى : يَثْبُتُ البُلوغُ به . جزَم به فى « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، و « الفُروعِ » . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » ، ذكَرَه فى بابِ مِيراثِ الخُنْثَى . وتقدَّم كلامُه فى « عُيونِ المَسائلِ » . وقيل : لا

(١ - ١) سقط من : الأصل ، ر ، ق .

(٢) تقدم تخريجه فى ١٠/٩ .

الشرح الكبير

فى « مُسْنَدِه » ، والتِّرْمِذِىُّ[1] . وقال : حديثٌ حسنٌ صحيحٌ . ولأنَّ السِّنَّ مَعْنًى يَحْصُلُ به البُلُوغُ ، يَشْتَرِكُ فيه الجارِيَةُ والغُلامُ ، فاسْتَوَيا فيه ، كالإِنْزالِ . وما احْتَجَّ به مالِكٌ وداودُ لا يَمْنَعُ إثْباتَ البُلُوغِ بغيرِ الاحْتِلامِ إذا ثَبَت بالدَّلِيلِ ، ولهذا كان إنْباتُ الشَّعَرِ عَلَمًا عليه . الثالثُ ، نَباتُ الشَّعَرِ الخَشِنِ حَوْلَ ذَكَرِ الرجلِ ، وفَرْجِ المَرْأةِ . فأمَّا الزَّغَبُ الضَّعِيفُ ، فلا اعْتِبارَ به ، فإنَّه يَثْبُتُ فى حَقِّ الصَّغِيرِ . وبهذا قال مالِكٌ ، والشافعىُّ فى قولٍ ، وقال فى الآخرِ : هو بُلُوغٌ فى حَقِّ المُشْرِكِين ، وهل هو بُلُوغٌ فى حَقِّ المسلمين ؟ فيه قَوْلَان . وقال أبو حَنِيفَةَ : لا اعْتِبارَ به ؛ لأنَّه نَباتُ شَعَرٍ ، أشْبَهَ سائِرَ شَعَرِ البَدَنِ . ولَنا ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ لَمّا حَكَّمَ سعدَ بنَ مُعاذٍ فى بنى قُرَيْظَةَ ، حَكَم بأنْ تُقْتَلَ مُقاتِلَتُهم وتُسْبَى ذرارِيُّهم ، فأمَرَ بأن يُكْشَفَ عن [١٢٠/٤و] مُؤْتَزَرِهم ، فمَن أنْبَتَ فهو مِن المُقاتِلَةِ ، ومَن لم يُنْبِتْ ألْحَقُوهُ بالذُّرِّيَّةِ . قال عَطِيَّةُ القُرَظِىُّ : عُرِضْتُ على رسولِ اللهِ ﷺ يَوْمَ قُرَيْظَةَ ، فَشَكُّوا فِىَّ ، فأمَرَ النبىُّ ﷺ أن يُنْظَرَ إلَىَّ ، هل أنْبَتُّ بَعْدُ ؟ فنَظَرُوا إلَىَّ ، فلم يَجِدُونِى أنْبَتُّ بَعْدُ ، فألْحَقُونِى بالذُّرِّيَّةِ . مُتَّفَقٌ على

الإنصاف

يثْبُتُ بذلك البُلوغُ . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وإنْ خرَج المَنِىُّ والحَيْضُ مِن مَخْرَجٍ واحدٍ ، فمُشْكِلٌ ، بلا نِزاعٍ . وهل يَثْبُتُ البُلوغُ بذلك ؟ فيه وَجْهان . وأطْلَقهما فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الفُروعِ » ،

---

(١) فى حاشيتى ر ، ق : « عزوه إلى الشافعى والترمذى وهم » .
وقد تقدم تخريجه عند الترمذى والإمام الشافعى فى ٥١٢/٥ .

الشرح الكبير

مَعْناهُ[1] . وكَتَب عُمرُ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، إلى عامِلِه ، أن لا تَأْخُذَ الجِزْيَةَ إلَّا مِمَّن جَرَتْ عليه المَواسِي[2] . ورَوَى محمدُ بنُ يَحْيَى بن حَبّانَ[3] ، أنَّ غُلامًا مِن الأنْصارِ شَبَّبَ بامرأةٍ فى شِعْرِه ، فرُفِعَ إلى عُمَرَ ، فلم يَجِدْه أنْبَتَ ، فقال : لو أنْبَتَّ الشَّعَرَ[4] لحَدَدْتُك[5] . ولأنَّه خارِجٌ يُلازِمُه البُلُوغُ غالِبًا ، يَسْتَوِى فيه الذَّكَرُ والأُنْثَى ، فكان عَلَمًا على البُلُوغِ ، كالاحْتِلامِ . ولأنَّ الخارِجَ ضَرْبانِ ؛ مُنْفَصِلٌ ، ومُتَّصِلٌ ، فلَمّا كان مِن المُنْفَصِلِ ما يَثْبُتُ به البُلُوغُ ، كذلك المُتَّصِلُ ، وما كان بُلُوغًا فى حَقِّ المُشْرِكِ كان بُلُوغًا فى حَقِّ المُسْلِمِ ، كالاحْتِلامِ والسِّنِّ .

فصل : والحَيْضُ عَلَمٌ على البُلُوغِ فى حَقِّ الجارِيَةِ . لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا . وقد دَلَّ عليه قولُ النبىِّ ﷺ : « لَا يَقْبَلُ اللهُ صَلَاةَ حَائِضٍ إلَّا بِخِمَارٍ » . رَواه التِّرْمِذِىُّ[6] . وقال : حديثٌ حسنٌ . وكذلك الحَمْلُ يَحْصُلُ به البُلُوغُ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى أجْرَى العادَةَ أنَّ الوَلَدَ إنَّما يُخْلَقُ مِن ماءِ الرجلِ

الإنصاف

و « الفائقِ » ؛ أحدُهما ، لا يَحْصُلُ البُلوغُ بذلك . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » . والثانى ، يَحْصُلُ به . قلتُ : وهو أوْلَى ؛ لأنَّه إنْ كان ذَكَرًا ، فقد أمْنَى ، وإنْ كان

---

(١) تقدم تخريج حديث تحكيم سعد بن معاذ فى ١٠/٨٤ . وحديث عطية القرظى فى ١٠/٦٨ .

(٢) أخرجه البيهقى ، فى : باب الزيادة على الدينار بالصلح ، من كتاب الجزية . السنن الكبرى ٩/١٩٥ .

(٣) أبو عبد الله محمد بن يحيى بن حبان الأنصارى الفقيه ، كان يفتى ، ثقة كثير الحديث ، توفى سنة إحدى وعشرين ومائة . تهذيب التهذيب ٩/٥٠٧ ، ٥٠٨ .

(٤) سقط من : م .

(٥) أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ١٠/١٧٧ .

(٦) تقدم تخريجه فى ٣/٢٠ ، ١٩٧ .

الشرح الكبير

وماءِ المرأةِ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ فَلْيَنظُرِ ٱلْإِنسَـٰنُ مِمَّ خُلِقَ * خُلِقَ مِن مَّآءٍ دَافِقٍ * يَخْرُجُ مِن بَيْنِ ٱلصُّلْبِ وَٱلتَّرَآئِبِ ﴾[1] . وأخْبَرَ النبيُّ ﷺ بذلك فى الأحَادِيثِ . فعلى هذا ، يُحْكَمُ ببُلوغِها فى الوَقْتِ الذى حَمَلَتْ فيه .

فصل : إذا وُجِد خُرُوجُ المَنِىِّ مِن ذَكَرِ[2] الخُنْثَى المُشْكِلِ ، فهو عَلَمٌ على بُلُوغِه وكونِه رجلًا ، وإن خَرَج مِن فَرْجِه أو حاضَ ، كان عَلَمًا على بُلُوغِه وكونِه امرأةً . وقال القاضى : ليس واحِدٌ منهما عَلَمًا على البُلُوغِ ، فإنِ اجْتَمَعا فقد بَلَغ . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لجَوازِ أن يَكُونَ الفَرْجُ الذى خَرَج منه ذلك خِلْقَةً زائِدَةً . ولَنا ، أنَّ خُرُوجَ البَوْلِ مِن أحَدِ الفَرْجَيْن دَلِيلٌ على ذُكُورِيَّتِه أو أُنوثِيَّتِه ، فخُرُوجُ المَنِىِّ والحَيْضِ أَوْلَى ، وإذا ثَبَت كَوْنُه رجلًا خَرَج المَنِىُّ مِن ذَكَرِه ، أو امرأةً خَرَج الحَيْضُ مِن فَرْجِها ، لَزِم وجُودُ البُلُوغِ ، ولأنَّ خُرُوجَ مَنِىِّ الرجلِ مِن المرأةِ ، أو الحَيْضِ مِن الرجلِ ، مُسْتَحِيلٌ ، فكان دَلِيلًا على التَّعْيِينِ ، وإذا ثَبَت التَّعْيِينُ ، لَزِم كَوْنُه دَلِيلًا على البُلُوغِ ، كما لو[3] تَعَيَّنَ قبلَ خُرُوجِه ، ولأنَّهم سَلَّمُوا أنَّ خُرُوجَهما [٤/١٢٠ظ] معًا دَلِيلٌ [4]على البُلُوغِ[4] ،

الإنصاف

أُنْثَى ، فقد أَمْنَتْ وحاضَتْ ، وكِلاهما يحْصُلُ به البُلوغُ . ثم وَجَدْتُ صاحِبَ « الحاوِى الكَبِيرِ » قطعَ بذلك ، وعلَّلَه بما قُلْنا .

---

(١) سورة الطارق ٥ - ٧ .

(٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : الأصل ، ر ١ .

(٤ - ٤) فى م : « عليه » .

الشرح الكبير

فخُرُوجُ أحَدِهما مُنْفَرِدًا أوْلَى ؛ لأنَّ خُرُوجَهما معًا يَقْتَضِى تَعارُضَهما وإسْقاطَ دَلالَتِهما ، إذ لا يُتَصَوَّرُ أن يَجْتَمِعَ حَيْضٌ صَحِيحٌ ومَنِىُّ رجلٍ ، فيَلْزَمُ أنْ يكونَ أحَدُهما فَضْلَةً خارِجَةً مِن غيرِ مَحَلِّها ، وليس أحَدُهما بذلك أوْلَى مِن الآخَرِ ، فتَبْطُلُ دَلالَتُهما ، كالبَيِّنَتَيْن إذا تعارَضَتا ، وكالبَوْلِ إذا خَرَجَ مِن المَخْرَجَيْنِ جَمِيعًا ، بخِلافِ ما إذا وُجِد أحَدُهما مُنْفَرِدًا ، فإنَّ اللهَ تعالى أجْرَى العادَةَ بأنَّ الحَيْضَ يَخْرُجُ مِن فَرْجِ المرأةِ عندَ بُلُوغِها ، ومَنِىَّ الرجلِ يَخْرُجُ مِن ذَكَرِه عند بُلُوغِه ، فإذا وُجِد ذلك مِن غيرِ مُعارِضٍ ، وَجَب أنْ يَثْبُتَ حُكْمُه ، ويُقْضَى بثُبُوتِ دَلالَتِه ، كالحُكْمِ بكَوْنِه رَجلًا بخُرُوجِ البَوْلِ مِن ذَكَرِه ، وبكَوْنِه أُنْثَى بخُروجِه مِن فَرْجِه[1] ، والحُكْمِ للغُلامِ بالبُلُوغِ بخُرُوجِ المَنِىِّ مِن ذَكَرِه ، وللجارِيَةِ بخُرُوجِ الحَيْضِ مِن فَرْجِها . فعلى هذا ، إن خَرَجا جَمِيعًا ، لم يَثْبُتْ كَوْنُه رجلًا ولا امرأةً . وهل يَثْبُتُ البُلُوغُ بذلك ؟ فيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، يَثْبُتُ . وهو اخْتِيارُ القاضى ، ومَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه إن كان رجلًا ، فقد خَرَجَ المَنِىُّ مِن ذَكَرِه ، وإن كان أُنْثَى ، فقد حاضَتْ . والثانِى ، لا يَثْبُتُ ؛ لأنَّ هذا يَجُوزُ أن لا يَكُونَ حَيْضًا ولا مَنِيًّا ، فلا يكونُ فيه دَلالَةٌ ، وقد دَلَّ على ذلك تَعارُضُهما ، فانْتَفَتْ دَلالَتُهما على البُلُوغِ ، كانْتِفاءِ دَلالَتِهما على الذُّكُورِيَّةِ والأُنُوثِيَّةِ .

الإنصاف

....

(1) فى م : « فرجها » .

المقنع وَالرُّشْدُ الصَّلَاحُ فِى الْمَالِ .

الشرح الكبير **١٩٣٩** – مسألة : (والرُّشْدُ الصَّلاحُ فى المالِ) وهذا قولُ أكْثَرِ أهلِ العِلْمِ ؛ منهم مالِكٌ ، وأبو حَنِيفَةَ . وقال الحَسَنُ ، والشافعىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ : الرُّشْدُ الصَّلاحُ فى الدِّينِ والمالِ ؛ لأنَّ الفاسِقَ[1] غيرُ رَشِيدٍ ، ولأنَّ إفْسادَه دِينَه يَمْنَعُ الثِّقَةَ به فى حِفْظِ مالِه ، كما يَمْنَعُ قَبُولَ قَوْلِه وثُبُوتَ الوِلايَةِ على غيرِه ، وإن لم يُعْرَفْ منه كَذِبٌ ولا تَبْذِيرٌ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ . قال ابنُ عباسٍ : يَعْنِى صَلاحًا فى أمْوالِهم . وقال مُجاهِدٌ : إذا كان عاقِلًا . ولأنَّ هذا إثْباتٌ فى نَكِرَةٍ ، ومَن كان مُصْلِحًا لمالِه فقد وُجِد منه رُشْدٌ[2] ، ولأنَّ العَدالَةَ لا تُعْتَبَرُ فى الرُّشْدِ فى الدَّوامِ ، فلا تُعْتَبَرُ فى الابْتِداءِ ، كالزُّهْدِ فى الدُّنْيا ، ولأنَّ هذا مُصْلِحٌ لمالِه ، فأشْبَهَ العَدْلَ ، يُحَقِّقُه أنَّ الحَجْرَ عليه إنَّما كان لحِفْظِ مالِه عليه ، والمُؤَثِّرُ فيه ما أثَّر فى تَضْيِيعِ المالِ أو حِفْظِه . قَوْلُهم : إنَّ الفاسِقَ غيرُ رَشِيدٍ . قُلْنا : هو غيرُ رَشِيدٍ فى دِينِه ، أمّا فى مالِه وحِفْظِه فهو رَشِيدٌ ، ثم هو مُنْتَقِضٌ بالكافِرِ [١٢١/٤و] فإنَّه غيرُ رَشِيدٍ فى دِينِه ، ولا يُحْجَرُ عليه لذلك ، ولا يَلْزَمُ مِن مَنْعِ قَبُولِ القولِ مَنْعُ[3] دَفْعِ

الإنصاف قوله : والرُّشْدُ ؛ الصَّلاحُ فى المالِ . يعْنِى ، لا غيرُ . وهذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وقال ابنُ عَقِيلٍ : الرُّشْدُ ؛ الصَّلاحُ فى المالِ والدِّينِ . قال : وهو الألْيَقُ بمذهبِنا . قال فى « التَّلْخيصِ » : ونصَّ عليه .

(١) فى الأصل : « الفاسد » .
(٢) فى الأصل : « الرشد » .
(٣) فى م : « منه » .

المقنع

وَلَا يَدْفَعُ إِلَيْهِ مَالَهُ حَتَّى يُخْتَبَرَ ، فَإِنْ كَانَ مِنْ أَوْلَادِ التُّجَّارِ ، فَبِأَنْ يَتَكَرَّرَ مِنْهُ الْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ ، فَلَا يُغْبَنَ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ أَوْلَادِ الرُّؤَسَاءِ وَالْكُتَّابِ ، فَبِأَنْ يَسْتَوْفِيَ عَلَى وَكِيلِهِ فِيمَا وَكَّلَهُ فِيهِ . وَالْجَارِيَةُ بِشِرَائِهَا الْقُطْنَ ، وَاسْتِجَادَتِهِ ، وَدَفْعِهَا الْأُجْرَةَ إِلَى الْغَزَّالَاتِ ، وَالِاسْتِيفَاءِ عَلَيْهِنَّ .

الشرح الكبير

مالِه إليه ، فإنَّ مَن يُعْرَفُ بكَثْرَةِ الغَلَطِ والنِّسْيانِ ، أو مَن يَأْكُلُ فى السُّوقِ ، ويَمُدُّ رِجْلَيْه فى مَجْمَعِ النّاسِ ، لا تُقْبَلُ شَهادَتُهم ، وتُدْفَعُ إليهم أمْوالُهم .

١٩٤٠ – مسألة : (ولا يَدْفَعُ إليه مَالَه حتى يُخْتَبَرَ) لأنَّه إنَّما يُعْرَفُ رُشْدُه باخْتِبارِه ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ﴾ . أى اخْتَبِرُوهم ، واخْتِبارُه بتَفْوِيضِ التَّصَرُّفاتِ التى يَتَصَرَّفُ فيها أمْثالُه إليه (فإن كان من أوْلادِ التُّجّارِ) فُوِّضَ إليه البَيْعُ والشِّراءُ (فإذا تَكَرَّرَ منه ، فلم يُغْبَنْ) ولم يُضَيِّعْ ما فى يَدَيْه ، فهو رَشِيدٌ ، وإن كان مِن أوْلادِ الدَّهاقِينِ و الكُبَراءِ الَّذين يُصانُ أمْثالُهم عن الأسْواقِ ، دُفِعَتْ إليه نَفَقَةُ مُدَّةٍ ؛ لِيُنْفِقَها فى مَصالِحِه ، فإن صَرَفَها فى مَصارِفِها ومَواقِعِها ، واسْتَوْفَى على وَكِيلِه فيما وَكَّلَه فيه[1] ، واسْتَقْصَى عليه ، دَلَّ على رُشْدِه . والمرأةُ يُفَوَّضُ إليها ما يُفَوَّضُ إلى رَبَّةِ البَيْتِ ، مِن اسْتِئْجارِ الغَزّالاتِ ، وتَوْكِيلِها فى شِراءِ الكَتّانِ ، وأشْباهِ ذلك . فإن وُجِدَتْ ضابِطَةً لِما فى يَدَيْها ، مُسْتَوْفِيَةً مِن وَكِيلِها ، فهى رَشِيدَةٌ .

الإنصاف

فائدة : قولُه : ولا يَدْفَعُ إليه مالَه حتى يُخْتَبَرَ – يعْنِى ، بما يَلِيقُ به ، ويُؤنَسُ

---

(١) سقط من : م .

المقنع

وَأَنْ يَحْفَظَ مَا فِى يَدِهِ عَنْ صَرْفِهِ فِيمَا لَا فَائِدَةَ فِيهِ ؛ كَالْغِنَاءِ ، وَالْقِمَارِ ،وَشِرَاءِالْمُحَرَّمَاتِ، وَنَحْوِهِ . وَعَنْهُ ، لَا يُدْفَعُ إِلَى الْجَارِيَةِ مَالُها بَعْدَ رُشْدِهَا، حَتَّى تَتَزَوَّجَ وتَلِدَ،أَوْ تُقِيمَ فِى بَيْتِ الزَّوْجِ سَنَةً.

الشرح الكبير

١٩٤١ – مسألة : (وأن يَحْفَظَ ما فى يَدِه عن صَرْفِه فيما لا فائِدَةَ فيه ؛ كالغِناءِ ، والقِمارِ ، وشِراءِ المُحَرَّماتِ) وشِراءِ آلاتِ اللَّهْوِ والخَمْرِ ، وأن يَتَوَصَّلَ به إلى الفَسادِ ، فهذا غيرُ رَشِيدٍ ؛ لأَنَّه تَبْذِيرٌ لمالِه ، وتَضْيِيعُه فيما لا فائِدَةَ فيه . فإن كان فِسْقُه بالكَذِبِ والتَّهاوُنِ بالصلاةِ ، مع حِفْظِه لمالِه ، لم يَمْنَعْ ذلك مِن دَفْعِ مالِه إليه ؛ لِما ذَكَرْنا .

١٩٤٢ – مسألة : (وعنه ، لا يُدْفَعُ إلى الجارِيَةِ مالُها بعدَ رُشْدِها ، حتى تَتَزَوَّجَ وتَلِدَ ، أو تُقِيمَ فى بَيْتِ الزَّوْجِ سَنَةً) المَشْهُورُ فى المَذْهَبِ أنَّ الجارِيَةَ إذا بَلَغَتْ ورَشَدَتْ ، دُفِعَ إليها مالُها ، كالغُلامِ ، وزال الحَجْرُ عنها وإن لم تَتَزَوَّجْ . وهذا قَوْلُ عَطاءٍ ، والثَّوْرِىِّ ، وأبى حَنِيفَةَ ، والشافعىِّ ، وأبى ثَوْرٍ ، وابنِ المُنْذِرِ . ونَقَل أبو طالِبٍ عن أحمدَ ، أنَّ الجارِيَةَ لا يُدْفَعُ إليها مالُها ، حتى تَتَزَوَّجَ وتَلِدَ ، أو تُقِيمَ سَنَةً فى بَيْتِ الزَّوْجِ . رُوِىَ ذلك عن عُمَرَ . وبه قال شُرَيْحٌ ، والشَّعْبِىُّ ، وإسحاقُ ؛ لِما رُوِىَ عن شُرَيْحٍ أنَّه قال : عَهِد إلَىَّ عُمَرُ بنُ الخَطّابِ ، أن لا أُجِيزَ لجارِيَةٍ عَطِيَّةً حتى تَحُولَ فى بَيْتِ زَوْجِها حَوْلًا ، أو تَلِدَ . رَواه سعيدٌ فى « سُنَنِه » .

الإنصاف

رُشْدُه – فإنْ كان مِن أوْلادِ التُّجّارِ ، فبأنْ يَتَكَرَّرَ منه البَيْعُ والشِّراءُ ، فلا يُغْبَنَ . يعْنِى ، لا يُغْبَنُ فى الغالِبِ ، ولا يَفْحُشُ .

قوله : وأنْ يَحْفَظَ ما فى يدَيْه عن صَرْفِه فيما لا فائِدَةَ فيه ؛ كالقِمارِ ، والغِناءِ ،

الشرح الكبير

ولا يُعْرَفُ له مُخالِفٌ ، فصار إجْماعًا . وقال مالِكٌ : لا يُدْفَعُ إليها مالُها حتى تَتزَوَّجَ ، ويَدْخلَ عليها زَوْجُها ؛ لأنَّ كلَّ حالَةٍ جاز للأبِ تَزْوِيجُها مِن غيرِ [٤/١٢١ظ] إذْنِها ، لم يَنْفكَّ عنها الحَجْرُ ، كالصَّغِيرَةِ . ولَنا ، عُمُومُ قَوْلِه تعالى : ﴿ وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ . ولأنَّها يَتِيمٌ بَلَغ وأُونِسَ منه الرُّشْدُ ، فيُدْفَعُ إليه مالُه ، كالرجلِ ، ولأنَّها بالِغَةٌ رَشِيدَةٌ ، فجاز لها التَّصَرُّفُ فى مالِها ، كالتى دَخَل بها الزَّوْجُ ، وحديثُ عُمَرَ ، إن صَحَّ ، فلم نَعْلَمِ انْتِشارَه فى الصَّحابَةِ ، فلا يُتْرَكُ به الكتابُ والقِياسُ ، وعلى أنَّ حديثَ عُمَرَ مُخْتَصٌّ بمَنْعِ العَطِيَّةِ ، فلا يَلْزَمُ منه المَنْعُ مِن تَسْلِيمِ مالِها إليها ومَنْعُها مِن سائِرِ التَّصَرُّفاتِ ، ومالِكٌ لم يَعْمَلْ به ، وإنَّما اعْتَمَدَ على إجْبارِ الأبِ لها على النِّكاحِ . ولَنا أن نَمْنَعَه ، وإن سلَّمْناه ، فإنَّما أجْبَرَها على النِّكاحِ ؛ لأنَّ اخْتِبارَها للنِّكاحِ ومَصالِحِه لا يُعْلَمُ إلَّا بمُباشَرتِه ، والبَيْعُ والشِّراءُ والمُعامَلاتُ مُمْكِنَةٌ قبلَ النِّكاحِ . وعلى هذه الرِّوايَةِ ، إذا لم تَتَزَوَّجْ أصْلًا احْتَمَلَ أن يَدُومَ الحَجْرُ عليها ؛ عَمَلًا بعُمُومِ حديثِ عُمَرَ ، ولأنَّه لم يُوجَدْ شَرْطُ دَفْعِ مالِها إليها ، فلم يَجُزْ دَفْعُه إليها ، كما لو لم تَرْشُدْ . وقال القاضِى : عندِى أنَّه يُدْفَعُ إليها مالُها إذا عَنَسَتْ [(١)]وبَرزَتْ[(١)] للرِّجالِ . يَعْنِى كَبِرَتْ .

الإنصاف

وشِراءِ المُحرَّماتِ ، ونحوه . قال ابنُ عَقِيلٍ وجَماعَةٌ : ظاهرُ كلامِ أحمدَ ، أنَّ التَّبْذِيرَ والإسْرافَ ، ما أخْرَجَه فى الحَرامِ . قال فى « النِّهايَةِ » : أو يَصْرِفُه فى صدَقَةٍ

(١ - ١) فى ق : « لا تروق » .

المقنع وَوَقْتُ الِاخْتِبَارِ قَبْلَ الْبُلُوغِ . وَعَنْهُ ، بَعْدَهُ .

الشرح الكبير **١٩٤٣** – مسألة : (ووَقْتُ الاخْتِبارِ قبلَ البُلُوغِ) فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن . وهو أحَدُ الوَجْهَيْن لأصْحابِ الشافعىِّ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال :

الإنصاف تَضُرُّ بعِيالِه ، أو كانَ وحدَه و لم يَثِقْ بإيمانِه . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : أو أخْرَجَه فى مُباحٍ قَدْرًا زائِدًا على المَصْلَحَةِ . انتهى . وهو الصَّوابُ .

تنبيه : دخَل فى كلامِ المُصَنِّفِ ، إذا بلَغَتِ الجارِيَةُ ورَشَدَتْ ، دفَع إليها مالَها . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، كالغُلامِ . وعليه أكثرُ الأصحابِ .

ـ وعنه ، لا يَدْفَعُ إلى الجارِيَةِ مالَها ، ولو[1] بعدَ رُشْدِها ، حتى تتزَوَّجَ وتَلِدَ ، أو[2] تُقِيمَ فى بَيْتِ الزَّوْجِ سنَةً . اخْتارَه جماعةٌ مِنَ الأصحابِ ؛ منهم أبو بَكْرٍ ، والقاضى ، وابنُ عَقِيلٍ فى « التَّذْكِرَةِ » ، والشِّيرازِىُّ فى « الإيضاحِ » . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهو المَنْصوصُ . وأطْلَقهما فى « المُذْهَبِ » . فعلى هذه الرِّوايَةِ ، إذا لم تتزَوَّجْ ، فقيلَ : يَبْقَى الحَجْرُ عليها . وهو احْتِمالٌ للمُصَنِّفِ وغيرِه . وقيل : تَبْقَى ما لم تَعْنُسْ . قال القاضى : عندِى ، إذا لم تتزَوَّجْ ، يُدْفَعْ إليها مالُها ، إذا عنَسَتْ وبرَزَتْ للرِّجالِ . وهو الصَّوابُ . واقْتَصرَ عليه فى « الكافِى » . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » .

قوله : ووَقْتُ الاخْتِبارِ ، قبلَ البُلوغِ – هذا المذهبُ بلا رَيْبٍ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم – وعنه ، بعدَه . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ،

(١) فى الأصل ، ط : « وهو » .
(٢) فى الأصل : « و » .

الشرح الكبير

﴿ وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ . فظاهِرُ الآيَةِ أنَّ ابْتِلاءَهم قبلَ البُلُوغِ لوَجْهَيْنِ ؛ أحَدُهما ، أنَّه سَمَّاهم يَتامَى ، وإنَّما يَكُونُونَ يَتامَى قبلَ البُلُوغِ . الثانى ، أنَّه مَدَّ اخْتِبارَهُم إلى البُلُوغِ بلَفْظِ : ﴿ حَتَّىٰٓ ﴾ . فيَدُلُّ على أنَّ الاخْتِبارَ قبلَه ، ولأنَّ تأْخِيرَ الاخْتِبارِ إلى البُلُوغِ مُؤَدٍّ[1] إلى الحَجْرِ على البالِغِ الرَّشِيدِ ؛ لأنَّ الحَجْرَ يَمْتَدُّ إلى أن يُخْتَبَرَ ويُعْلَمَ رُشْدُه ، واخْتِبارُه قبلَ البُلُوغِ يَمْنَعُ ذلك ، فكان أوْلَى . لكنْ لا يُخْتَبَرُ إلَّا المُراهِقُ المُمَيِّزُ الذى يَعْرِفُ البَيْعَ والشِّراءَ ، والمَصْلَحَةَ مِن المَفْسَدَةِ . وإذا أذِنَ له وَلِيُّه فتَصَرَّفَ ، صَحَّ تَصَرُّفُه ، على ما نَذْكُرُه (وعنه) أنَّ اخْتِبارَه (بعدَ البُلُوغِ) أوْمَأَ إليه أحْمَدُ ؛ لأنَّ تَصَرُّفَه قبلَ ذلك تَصَرُّفٌ ممَّنْ لم يُوجَدْ فيه مَظِنَّةُ العَقْلِ . ولأصْحابِ الشافعىِّ نحوُ هذا الوَجْهِ .

الإنصاف

و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الهادِى » ، و « التَّلْخيصِ » . وقيل : بعدَه للجارِيَةِ ؛ لنَقْصِ خِبْرَتِها ، وقبلَه للغُلامِ .

فائدة : لا يُخْتَبرُ إلَّا المُمَيِّزُ والمُراهِقُ الذى يعْرِفُ البَيْعَ والشِّراءَ ، والمَصْلَحَةَ والمَفْسَدَةَ . وبَيْعُ الاخْتِبارِ[2] ، وشِراؤُه صحيحٌ ، بلا نِزاعٍ . وتقدَّم فى أوَّلِ كتابِ البَيْعِ ، التَّنْبِيهُ على ذلك ، وحُكْمُ تصَرُّفِه بإذْنِ وَلِيِّه .

---

(١) فى ر ، ق : « مرده » .

(٢) فى ط : « الاختيار » .

المقنع

فَصْلٌ : وَلَا تَثْبُتُ الْوِلَايَةُ عَلَى الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ إِلَّا لِلْأَبِ ، ثُمَّ لِوَصِيِّهِ ، ثُمَّ لِلْحَاكِمِ .

الشرح الكبير

فصل : قال ، رَضِىَ اللهُ عنه : (ولا تَثْبُتُ الولايَةُ على الصَّبِىِّ والمَجْنُونِ إلَّا للأبِ) لأنَّها وِلايةٌ على الصَّغِيرِ ، فقُدِّمَ فيها الأبُ ، كوِلايَةِ النِّكاحِ (ثم وَصِيِّه) بعدَه ؛ لأنَّه نائِبُه ، أشْبَهَ وَكِيلَه فى الحَياةِ (ثم للحاكِمِ) لأنَّ الوِلايَةَ انْقَطَعَتْ مِن جِهَةِ القَرابَةِ ، فتَثْبُتُ للحاكِمِ ، كوِلايَةِ النِّكاحِ . ومَذْهَبُ أبى حَنِيفَةَ ، والشافعىِّ ، أنَّ الجَدَّ يَقُومُ مَقامَ الأبِ فى الوِلايَةِ ؛ لأنَّه أبٌ . ولَنا ، أنَّ الجَدَّ [٤/١٢٢و] لا يُدْلِى بنَفْسِه ، وإنَّما يُدْلِى بالأبِ الأدْنَى ، فلم يَلِ مالَ الصَّغِيرِ ، كالأخِ ، ولأنَّ الأبَ يُسْقِطُ الإِخْوَةَ ، بخِلافِ الجَدِّ ، وتَرِثُ الأُمُّ معه ثُلُثَ الباقِى فى زَوْجٍ وأُمٍّ وأَبٍ وزَوْجَةٍ (١) وأُمٍّ أَبٍ (١) ، بخِلافِ الجَدِّ ، فلا يَصِحُّ قِياسُه عليه . فأمَّا مَن سِواهم فلا تَثْبُتُ له وِلايَةٌ ؛ لأنَّ المالَ مَحَلُّ الجِنايَةِ ، ومَن سِواهم قاصِرُ الشَّفَقَةِ ، غيرُ مَأْمُونٍ على المالِ ، فلم يَلِه ، كالأجْنَبِىِّ . ومِن شَرْطِ ثُبُوتِ الوِلايَةِ على المالِ العَدالَةُ ، بغيرِ خِلافٍ ؛ لأنَّ فى تَفْوِيضِها إلى الفاسِقِ تَضْيِيعًا للمالِ ، فلم يَجُزْ ، كتَفْوِيضِها إلى السَّفِيهِ . وكذلك الحُكْمُ فى السَّفِيهِ إذا حُجِر عليه صَغِيرًا واسْتَدامَ الحَجْرُ عليه بعدَ البُلُوغِ .

الإنصاف

قوله : ولا تَثْبُتُ الوِلايَةُ على الصَّبِىِّ والمجْنُونِ إلَّا للأَبِ . يَسْتَحِقُّ الأبُ الوِلايَةَ على الصَّغيرِ والمجْنونِ ، بلا نِزاعٍ ، لكِنْ بشَرْطِ أنْ يكونَ رَشِيدًا ، ويَكْفِى كَوْنُه مَسْتُورَ الحالِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ،

(١ - ١) فى ر ، ر ١ ، ق : « وأب » .

و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و« الفائقِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، وغيرِهم : وَلِيُّهما الأبُ ما لم يُعْلَمْ فِسْقُه . قلت : وهو الصَّوابُ . وقيل : يُشْتَرطُ عدالَتُه ظاهِرًا [٢/١٤٢و] وباطِنًا . قال فى « المُنَوِّرِ » : ووَلِىُّ الصَّبِىِّ والمَجْنُونِ الأبُ ، ثم الوَصِىُّ العَدْلان . وأطْلَقهما فى « الرِّعايَةِ » .

تنبيه : ظاهرُ قوْلِه : ثم لوَصِيِّه ، ثم للحاكِمِ . أنَّ الجَدَّ والأُمَّ وسائرَ العَصَباتِ ليس لهم وِلايَةٌ . وهو المذهبُ الذى عليه أكثرُ الأصحابِ . وهو ظاهرُ ما جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » وغيرُه . وقدَّمه فى «الفُروعِ »، و «الرِّعايتَيْن»، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » . وعنه ، للجَدِّ وِلايَةٌ . قال فى « الفائقِ » : وهو المُخْتارُ . فعليها ، يُقَدَّمُ على الحاكمِ ، بلا نِزاعٍ ، ويُقَدَّمُ على الوَصِىِّ ، على الصَّحيحِ . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وجزَم به فى « الزُّبْدَةِ » . وقيل : يُقَدَّمُ الوَصِىُّ عليه . وأطْلَقهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « النَّظْمِ » ، و «الفائقِ » . وذكَر القاضى ، أنَّ للأُمِّ وِلايَةً . وقيل : لسائرِ العَصَبةِ وِلايَةٌ أيضًا بشَرْطِ العَدالَةِ . اخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ . ذكَرَه عنه فى « الفائقِ » ، ثم قال : قلتُ : ويَشْهَدُ له حَجْرُ الابنِ على أبِيه عندَ خَرَفِه . انتهى . قلتُ : الذى يَظْهَرُ أنَّه حيثُ قُلْنا : للأُمِّ والعَصَبةِ وِلايَةٌ . أنَّهم كالجَدِّ فى التَّقْديمِ على الحاكمِ وعلى الوَصِىِّ . على الصَّحيحِ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، يُشْتَرطُ فى الحاكمِ ما يُشْتَرطُ فى الأبِ ، فإنْ لم يَكُنْ كذلك ، أو لم يُوجَدْ حاكِمٌ ، فأَمِينٌ يقُومُ به . اخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، وقال : الحاكِمُ العاجِزُ كالعَدَمِ . الثَّانيةُ ، يَلِى كافِرٌ عَدْلٌ مالَ وَلَدِه الكافِرِ . على الصَّحيحِ

المقنع

وَلَا يَجُوزُ لِوَلِيِّهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالِهِمَا ، إِلَّا عَلَى وَجْهِ الْحَظِّ لَهُمَا ، فَإِنْ تَبَرَّعَ ، أَوْ حَابَى ، أَوْ زَادَ عَلَى النَّفَقَةِ عَلَيْهِمَا ، أَوْ عَلَى مَنْ [١١٨ظ] تَلْزَمُهُمَا مُؤْنَتُهُ بِالْمَعْرُوفِ ، ضَمِنَ .

الشرح الكبير

١٩٤٤ – مسألة : (وليس لوَلِيِّهما التَّصَرُّفُ فى مالِهما ، إلَّا على وَجْهِ الحَظِّ لهما) [١]وما لا حَظَّ فيه[١] ، ليس له التَّصَرُّفُ به ؛ كالعِتْقِ ، والهِبَةِ ، والتَّبرُّعاتِ ، والمُحاباةِ ؛ لقولِ اللهِ سبحانه وتعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ ﴾[٢] . وقَوْلِه عليه الصلاةُ والسَّلامُ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ[٣] » . رَواه الإمامُ أحمدُ[٤] . وهذا فيه

الإنصاف

مِنَ المذهبِ ، وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا ، واخْتارَه الأصحابُ . قال فى « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » : ويَلِى الكافِرُ العَدْلُ فى دِينِه مالَ وَلَدِه . على أصحِّ الوَجْهَيْن . وصحَّحه شيْخُنا فى « تَصْحيحِ المُحَرَّرِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » . وقيل : لا يَلِيه ، وإنَّما يَلِيه الحاكِمُ . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفُروعِ » . ويأْتِى : هل يَلِى مالَ الذِّمِّيَّةِ التى يَلِى نِكاحَها مِن مُسْلِمٍ ؟ فى بابِ أرْكانِ النِّكاحِ ، عندَ قوْلِه : ويَلِى الذِّمِّىُّ نِكاحَ مُوَلِّيَتِه . مع أنَّ الحُكْمَ هنا يشْمَلُه .

قوله : ولا يجوزُ لوَلِيِّهما أنْ يتصَرَّفَ فى مالِهما ، إلَّا على وَجْهِ الحَظِّ لهما – بلا نِزاعٍ – فإنْ تبَرَّعَ ، أو حابَى ، أو زادَ على النَّفَقَةِ عليهما ، أو على مَن يَلْزَمُهما مُؤْنَتُه

(١ – ١) سقط من : الأصل .

(٢) سورة الأنعام ١٥٢ ، سورة الإسراء ٣٤ .

(٣) فى م : « ضرار » .

(٤) تقدم تخريجه فى ٦/٣٦٨ .

المقنع

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِىَ مِنْ مَالِهِمَا شَيْئًا لِنَفْسِهِ ، ولا يَبِيعَهُمَا ، إِلَّا الْأَبُ .

الشرح الكبير

إضْرارٌ . فإن فَعَل شيئًا مِن ذلك ، أو زاد على النَّفَقةِ عليهما ، أو على مَن تَلْزَمُهما مُؤْنَتُه بالمَعْرُوفِ ، ضَمِن ؛ لأنه مُفرِّطٌ ، فضَمِنَ ، كتَصَرُّفِه فى مالِ غيرِهما[1] .

١٩٤٥ – مسألة : (ولا يَجُوزُ أن يَشْتَرِىَ مِن مالِهما شيئًا لنَفْسِه ، ولا يَبِيعَهما ، إلَّا الأَبُ) لأنَّه غيرُ مُتَّهمٍ عليه ؛ لكَمالِ شَفَقَتِه . وبه قال أبو حَنِيفَةَ ، ومالِكٌ ، والأوْزاعِىُّ ، والشافعىُّ ، وزادُوا الجَدَّ . وقال زُفَرُ : لا يَجُوزُ ؛ لأنَّ حُقُوقَ العَقْدِ تَتَعَلَّقُ بالعاقِدِ ، فلا يَجُوزُ أن يَتَعلَّقَ به حُكْمان مُتَضادّان . ولَنا ، أنَّ هذا يَلِى بنَفْسِه ، فجاز أن يَتَولَّى طَرَفِى العَقْدِ ، كالسَّيِّدِ يُزَوِّجُ عَبْدَه أمتَه ، ولا نُسَلِّمُ ما ذَكَره مِن تَعَلُّقِ حُقُوقِ العَقْدِ بالعاقِدِ[2] . فأمّا الجَدُّ ، فلا وِلايَةَ له ، على ما ذَكَرْناه ، فهو كالأَجْنَبِىِّ ، ولأنَّ التُّهْمَةَ بينَ الأبِ ووَلَدِه مُنْتَفِيَةٌ ، إذ مِن طَبْعِه الشَّفَقَةُ عليه والمَيْلُ إليه وتَرْكُ حَظِّ نَفْسِه لحَظِّه ، وبهذا فارَقَ الوَصِىَّ والحاكِمَ وأمِينَه ،

الإنصاف

بالمَعْرُوفِ ، ضَمِنَ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، وقطَع به الأكْثَرُ . وقال فى « الرِّعايتَيْن » : ضَمِنَ فى الأصحِّ . وقيل : لا يَضْمَنُ . قلتُ : وهذا ضعيفٌ جدًّا .

قوله : ولا يجوزُ أنْ يَشْتَرِىَ مِن مالِهما شيئًا لنَفْسِه ، ولا يَبِيعَهما إلَّا الأبُ . هذا

---

(١) فى الأصل : « غيره » .

(٢) بعده فى الأصل : « لغيره » .

المقنع وَلِوَلِيِّهِمَا مُكَاتَبَةُ رَقِيقِهِمَا ، وَعِتْقُهُ عَلَى مَالٍ ، ....

الشرح الكبير فأمّا الحاكِمُ والوَصِىُّ ، فلا يَجُوزُ لهما ذلك ؛ لأنَّهما مُتَّهَمانِ فى طَلَبِ الحَظِّ لأنْفُسِهما ، فلم يَجُزْ ذلك لهما ، بخِلافِ الأبِ .

١٩٤٦ – مسألة : (ولوليِّهما مُكاتَبَةُ رَقِيقِهما ، وعِتْقُه على مالٍ) إذا كان الحَظُّ فيه ، مثلَ أن تكُونَ قِيمَتُه ألْفًا فيُكاتِبَه بألْفَيْن ، أو يُعْتِقَه بهما ، فإن لم يكنْ فيها حَظٌّ ، لم يَصِحَّ . وقال مالِكٌ ، وأبو حَنِيفَةَ : لا يَجُوزُ إعْتاقُه ؛ لأنَّ الإعْتاقَ بمالٍ تَعْلِيقٌ له على شَرْطٍ ، فلم يَمْلِكْه وَلِىُّ اليَتِيمِ ، كالتَّعْلِيقِ على دُخُولِ الدّارِ . وقال الشافعىُّ : لا تَجُوزُ كِتابَتُه ولا إعْتاقُه ؛ لأنَّ المَقْصُودَ منهما العِتْقُ دُونَ المُعاوَضَةِ ، فلم يَجُزْ ، كالإعْتاقِ بغيرِ عِوَضٍ . ولَنا ، أنَّها مُعاوَضَةٌ ، لليَتِيمِ فيها حَظٌّ ، فمَلَكَها وَلِيُّه ، كبَيْعِه ، ولا عِبْرَةَ بنَفْعِ العَبْدِ ، ولا يَضُرُّه كَوْنُه تَعْلِيقًا [٤/١٢٢ظ] فإنَّه إذا حَصَل لليَتِيمِ حَظٌّ ، لم يَضُرَّه نَفْعُ غَيْرِه ، ولا كَوْنُ العِتْقِ حَصَل بالتَّعْلِيقِ . وفارَقَ ما قاسُوا عليه ، فإنَّه لا نَفْعَ فيه ؛ لعَدَمِ الحَظِّ ، وانْتِفاءِ المُقْتَضِى ، لا لِما ذَكَرُوه . ولو قُدِّرَ أن يكونَ فى العِتْقِ بغَيْرِ مالٍ نَفْعٌ ، كان نادِرًا . وإن كان العِتْقُ على مالٍ بقَدْرِ قِيمَتِه أو أقَلَّ ، لم يَجُزْ ؛ لعَدَمِ الحَظِّ فيه . وقال أبو

الإنصاف المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، يجوزُ للوَصِىِّ الشِّراءُ مِن مالِهما إنْ وَكَّلَ مَن يَبِيعُه هو ، ويَسْتَقْصِى فى الثَّمَنِ بالنِّداءِ فى الأسْواقِ . قالَه فى « الرِّعايَةِ » .

قوله : ولوَلِيِّهما مُكاتَبَةُ رَقِيقِهما . هذا المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ . إلَّا أنَّه قال فى « التَّرْغِيبِ » : يجوزُ ذلك لغيرِ الحاكِمِ .

المقنع

وَتَزْوِيجُ إِمَائِهِمَا ، وَالسَّفَرُ بِمَالِهِمَا ، وَالْمُضَارَبَةُ بِهِ . وَلَهُ دَفْعُهُ مُضَارَبَةً بِجُزْءٍ مِنَ الرِّبْحِ ، ....

الشرح الكبير

بكرٍ : يَتَوَجَّهُ جوازُ العِتْقِ بغيرِ عِوَضٍ ، للحَظِّ فيه ، مثلَ أن تكونَ له جاريَةٌ وابْنَتُها يُساوِيانِ مائةً مُجْتَمِعَتَيْن ، ولو أُفْرِدَتْ إحْداهما ساوَتْ مائتَيْن ، ولا يُمْكِنُ إفرادُها بالبَيْعِ ، فيُعْتِقُ الأُخرَى ؛ لتَكْثُرَ قِيمَةُ الباقِيَةِ ، فتَصِيرَ ضِعْفَ قِيمَتِها[1] .

١٩٤٧ – مسألة : (و) له (تَزْوِيجُ إمائِهما) إذا وَجَب تَزْوِيجُهُنَّ ، بأن يَطْلُبْنَ ذلك ، أو يَرَى المَصْلَحَةَ فيه ؛ لأنَّه وَلِىٌّ عَلَيْهِنَّ وقائِمٌ مَقامَ مالِكِهِنَّ ، فكان له تَزْوِيجُهُنَّ ، كالمالِكِ .

١٩٤٨ – مسألة : (و) له (السَّفَرُ بمالِهما) للتِّجارَةِ فيه (والمُضارَبَةُ) بمالِ اليَتيمِ والمَجْنُونِ (وله أنْ يَدْفَعَه مُضارَبَةً بجُزْءٍ مِن

الإنصاف

تنبيه : مَفْهومُ قوْلِه : وعِتْقُه على مَالٍ . أنَّه لا يجوزُ عِتْقُه مجَّانًا مُطْلَقًا . وهو الصَّحيحُ ، وهو المذهبُ ، وعليه جَماهيرُ الأصحابِ . وعنه ، يجوزُ مجَّانًا لمَصْلَحَةٍ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ ؛ بأَنْ تُساوِىَ أمَةٌ ووَلَدُها مِائَةً ، ويُساوِىَ أحدُهما مِائَةً . قلتُ : ولعَلَّ هذا كالمُتَّفَقِ عليه .

فائدة : مِن شَرْطِ صِحَّةِ مُكاتَبَةِ رَقيقِهما وعِتْقِه على مالٍ ، أنْ يكونَ فيه حَظٌّ لهما ؛ مثلَ أنْ يُساوِىَ أَلْفًا ، فيُكاتِبَه على أَلْفَيْن ، أو يُعْتِقَه عليهما ، ونحوِ ذلك ، فإنْ لم يكُنْ فيه حَظٌّ لهما ، لم يصِحَّ .

قوله : وتَزْوِيجُ إمائِهما . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قال فى « المُغْنِى » ،

(١) فى م : « قيمتيهما » .

الشرح الكبير

الرِّبْحِ) أبًا كان أو وَصِيًّا ، أو حاكِمًا ، أو أمِينَ حاكِمٍ ، وهو أوْلَى مِن تَرْكِه . وممَّن رَأى ذلك ابنُ عُمَرَ ، والنَّخَعِيُّ ، والحَسَنُ بنُ صالِحٍ ، ومالِكٌ ، والشافعيُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، (1)وأصْحابُ الرَّأْيِ(1) . ويُرْوَى إباحَةُ التِّجارَةِ به عن عُمَرَ ، وعائشةَ ، والضَّحَّاكِ . ولا نَعْلَمُ أحَدًا كَرِهَه إلَّا الحسنَ ، ولَعَلَّه أراد اجْتِنابَ المُخاطَرَةِ به ، وَرأَى أنَّ خَزْنَه أحْفَظُ له .

الإنصاف

و « الشَّرْحِ » : وله تَزْويجُ إمائِهما إذا وجَب تَزْويجُهُنَّ ؛ بأنْ يطْلُبْنَ ذلك ، أو يرَى المَصْلَحَةَ فيه . وقطَعا به . قال فى « الفروعِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : له ذلك على الأصحِّ . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وعنه ، لا يجوزُ ذلك . وعنه ، يجوزُ لخَوْفِ فَسادِه ، وإلَّا لم يَجُزْ .

فائدة : العَبِيدُ فى ذلك كالإماءِ ، خِلافًا ومذهبًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وعنه ، لا يُزَوِّجُ الأمَةَ وإنْ جازَ تَزْويجُ العَبْدِ ؛ لتأَكُّدِ حاجَتِه إليها . قلتُ : يَحْتَمِلُ العَكْسَ ؛ لرَفْعِ مُؤْنَتِها ، وحُصُولِ صَداقِها ، بخِلافِ العَبْدِ .

قوله : والسَّفَرُ بمالِهما . إذا أرادَ الوَلِيُّ السَّفَرَ بمالِهما ، فلا يَخْلُوا ؛ إمَّا أنْ يُسافِرَ به لتِجارَةٍ ، أو غيرِها ، فإنْ سافَرَ به لتِجارَةٍ ، جازَ . لا أعْلَمُ فيه خِلافًا . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الكافِى » ، وغيرِهم ، لكِنْ لا يَتْجُرُ إلَّا فى المَواضِعِ الآمِنَةِ . وحمَل الشَّارِحُ ، وابنُ مُنَجَّى كلامَ المُصَنِّفِ عليه . وإنْ سافَرَ به لغيرِ التِّجارَةِ ، مِثْلَ أنْ يَعْرِضَ له سَفَرٌ ، جازَ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، وصاحِبِ « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ،

(1 - 1) سقط من : م .

الشرح الكبير

(1) وقَوْلُ الجُمْهُورِ أوْلَى (1) ؛ لِما روَى عبدُ اللهِ بنُ عَمْرِو بن العاصِ ، عن النبيِّ ﷺ أنَّه قال : « مَنْ وَلِيَ يَتِيمًا لَهُ مَالٌ فَلْيَتَّجِرْ لَهُ ، وَلَا يَتْرُكْهُ حَتَّى تَأْكُلَهُ الصَّدَقَةُ »[2] . ورُوِيَ مَوْقُوفًا على عُمَرَ[3] ، وهو أصَحُّ مِن المَرْفُوعِ . ولأنَّ ذلك أحَظُّ[4] للمُوَلَّى عليه ؛ لتَكُونَ نَفَقَتُه مِن فاضِلِه

الإنصاف

و « الخُلاصَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه في « الفُروعِ » . وقال القاضي في « المُجَرَّدِ » : ولا يُسافِرُ به . وجزَم به في « الكافِي » ، و « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ » . وظاهِرُ كلامِه في « الفُروعِ » ، إجْراءُ الخِلافِ في ذلك ، فإنَّه قال : وله السَّفَرُ بمالِه [2/ 142ظ] ، خِلافًا « للمُجَرَّدِ » ، و « المُغْنِي » ، و « الكافِي » . وليس بمُرادٍ ؛ لأنَّه قطَع في « الكافِي » ، و « المُغْنِي » بجَوازِ السَّفَرِ به للتِّجارَةِ ، ومنَع مِنَ السَّفَرِ به لغيرِها .

قوله : والمُضارَبَةُ به . يعْنِي ، أنَّ للوَلِيِّ أنْ يَبِيعَ ويَشْتَرِيَ في مالِ المُوَلَّى عليه ، بلا نِزاعٍ . لكِنْ لا يَسْتَحِقُّ أُجْرَةً ، بل جميعُ الرِّبْحِ للمُوَلَّى عليه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال في « الفُروعِ » : وإنِ اتَّجَرَ بنَفْسِه ، فلا أُجْرَةَ له في الأصحِّ . وجزَم به في « الكافِي » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الوَجيزِ » .

(1 - 1) في م : « وهو قول الجمهور » .

(2) تقدم تخريجه في 7/151 .

(3) في الأصل : « عمرو » .

وأخرج الموقوف البيهقي ، في : باب من تجب عليه الصدقة ، من كتاب الزكاة ، وباب تجارة الوصي بمال اليتيم إقراضه ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى 4/17 ، 6/2 . والدارقطني ، في : باب وجوب الزكاة في مال الصبي أو اليتيم ، من كتاب الزكاة . سنن الدارقطني 2/110 .

(4) في م : « أحفظ » .

المقنع وَالرِّبْحُ كُلُّهُ لِلْيَتِيمِ ، ....

الشرح الكبير ورِبْحِه ، كما يَفْعَلُه البالِغُون فى أمْوالِهم . إلَّا أنَّه لا يَتَّجِرُ إلَّا فى المَواضِعِ الآمِنَةِ ، ولا يَدْفَعُه إلَّا إلى الأُمَناءِ ، ولا يُغَرِّرُ به ، وقد رُوِىَ عن عائشةَ أنَّها أبْضَعَتْ مالَ محمدِ بنِ أبى بكرٍ فى البَحْرِ . فيَحْتَمِلُ أنَّه كان فى مَوْضِعٍ مَأْمُونٍ قَرِيبٍ مِن السّاحِلِ ، ويَحْتَمِلُ أنَّها جَعَلَتْ ضَمانَه عليها إن هَلَكَ .

١٩٤٩ - مسألة : (والرِّبْحُ كلُّه لليَتِيمِ) يَعْنِى إذا اتَّجَرَ الوَلِىُّ[1] بنَفْسِه . وأجاز الحَسَنُ بنُ صالِحٍ ، وإسحاقُ ، أن يَأْخُذَ الوَصِىُّ مُضارَبَةً لنَفْسِه ؛ لأنَّه جاز له أن يَدْفَعَه بذلك ، فجاز أن يَأْخُذَه بذلك له . ويَتَخَرَّجُ لَنا مِثْلُ ذلك ، كما قُلْنا فى الشَّرِيكِ إذا فَعَلَ بنَفْسِه ما يَجُوزُ له الإِجارَةُ عليه ،

الإنصاف وقدَّمه فى « المُغْنِى » . وصحَّحه فى « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . وقيل : يَسْتَحِقُّ الأُجْرَةَ . وهو تَخْرِيجٌ فى « المُغْنِى » وغيرِه مِنَ الأجْنَبِىِّ. واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ . ذكَرَه عنه فى « الفائقِ » . قلتُ : وهو قَوِىٌّ .

قوله : وله دَفْعُه مُضارَبَةً . هذا الصَّحيحُ مِنَ المَذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، لا يجوزُ .

قوله : بجُزْءٍ مِنَ الرِّبْحِ . هو المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « الكافِى » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : بأُجْرَةِ مثلِه . وقيل : بأقلِّهما . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ .

(١) سقط من : الأصل ، م .

الشرح الكبير

فإنَّه يَسْتَحِقُّ الأُجْرَةَ فى أحَدِ الوَجْهَين ، كذلك هذا . وبه قال أبو حَنِيفَةَ . [1]والصَّحِيحُ ما قُلْناه ؛ لأنَّ الرِّبْحَ نَماءُ مالِ اليَتيمِ ، فلا يَسْتَحِقُّه غيرُه إلَّا بِعَقْدٍ ، ولا يَجُوزُ أن يَعْقِدَ الولىُّ المُضارَبَةَ لنَفْسِه[1] .

١٩٥٠ – مسألة : فأمّا إن دَفَعَه إلى غيرِه ، فللمُضارِبِ ما جَعَل له الوَلِيُّ ووافَقَه عليه [١٢٣/٤و] فى قَوْلِهم جَمِيعًا ؛ لأنَّ الوَصِيَّ نائِبٌ عن اليَتيمِ فيما فيه مَصْلَحَتُه ، وهذا فيه مَصْلَحَتُه ، فأشْبَهَ تَصَرُّفَ المالِكِ فى مالِه .

فصل : وله إبْضاعُ مالِه ، وهو دَفْعُه إلى مَن يَتَّجِرُ به . والرِّبْحُ كلُّه لليَتيمِ ؛ لأنَّه إذا جاز دَفْعُه بجُزْءٍ مِن رِبْحِه ، فدَفْعُه إلى مَن يُوَفِّرُ الرِّبْحَ أوْلَى .

١٩٥١ – مسألة : (و) يَجُوزُ له (بَيْعُه نَساءً) إذا كان له الحَظُّ فى ذلك ؛ فإنَّه قد يكونُ أكْثَرَ ثَمَنًا وأنْفَعَ ، لكنْ يَحْتاطُ على الثَّمَنِ ، بأن يأْخُذَ به رَهْنًا أو كَفِيلًا مَوْثُوقًا به[2] ، يَتَحَفَّظُ الثَّمَن به .

الإنصاف

قوله : وبَيْعُه نَساءً . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، بشَرْطِ أنْ يكونَ فيه مَصْلَحَةٌ . قال فى « الفُروعِ » : وله بَيْعُه نَساءً على الأصحِّ . قال فى « الوَجيزِ » : وبَيْعُه نَساءً مَلِيئًا برَهْنٍ يَحْفَظُه . وجزَم به فى « الهِدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و «المُحَرَّرِ» ، و «الشَّرْحِ» ، و «الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم . وعنه ، ليس له ذلك .

(١ – ١) جاء هذا فى الأصل بعد قوله : « فجاز أن يأخذه بذلك له » فى الصفحة السابقة .

(٢) سقط من : م .

المقنع وَقَرْضُهُ بِرَهْنٍ ، ....

الشرح الكبير **١٩٥٢** - مسألة : (و) له (قَرْضُه برَهْنٍ) إذا لم يكُنْ فى قَرْضِ مالِ اليَتِيمِ حَظٌّ له ، لم يَجُزْ ، وإن كان فى قَرْضِه حَظٌّ لليَتِيمِ ، جاز . قال أحمدُ : لا يُقْرِضُ مالَ اليَتِيمِ لأحَدٍ يُرِيدُ مُكافأتَه ومَوَدَّتَه ، ويُقْرِضُ على النَّظَرِ والشَّفَقَةِ ، كما صنعَ ابنُ عُمَرَ . وقيل لأحمدَ : (١ابنُ عُمَرَ١) اقْتَرضَ(٢) مالَ اليَتِيمِ . قال : إنَّما اسْتَقْرَضَ نَظَرًا لليَتِيمِ واحْتِياطًا ، إن أصابَه شىءٌ غَرِمَه . قال القاضى : ومَعْنَى الحَظِّ أن يكونَ للصَّبِىِّ مالٌ فى بَلَدٍ ، فيُرِيدَ نَقْلَه إلى بَلَدٍ آخَرَ ، فيُقْرِضَه مِن رجلٍ فى ذلك البَلَدِ ؛ ليَقْضِيَه بَدَلَه فى بَلَدِه ، يَقْصِدُ بذلك حِفْظَه مِن الغَرَرِ فى نَقْلِه ، أو يَخافَ عليه الهَلاكَ مِن نَهْبٍ

الإنصاف قوله : وقَرْضُه . يجوزُ قَرْضُه لمَصْلَحَةٍ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه . وهو مِنَ المُفْرَداتِ . قال فى « الوَجيزِ » : ولمَصْلَحَةٍ يُقْرِضُه . قال فى « الفُروعِ » : وله قَرْضُه ، على الأصحِّ ، لمَصْلَحَةٍ . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وله قَرْضُه على الأصحِّ مَلِيئًا . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و« الخُلاصَةِ » ، و « الكافِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » . قال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » : يُقْرِضُه لحاجَةِ سفَرٍ ، أو خَوْفٍ عليه ، أو غيرِهما ، وعنه ، لا يُقْرِضُه مُطْلَقًا .

قوله : برَهْنٍ . هذا أحدُ الوَجْهَيْن . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ،

(١ - ١) فى ر ١ : « عمر » .
(٢) فى الأصل : « أقرض » .

الشرح الكبير

أو غَرَقٍ أو غيرِهما ، أو يكونَ ممّا يَتْلَفُ بتطاوُلِ مُدَّتِه ، أو حَدِيثُه خَيْرٌ مِن قَدِيمِه ، كالحِنْطَةِ ونحوِها ، فيُقْرِضَه خَوْفًا مِن السُّوسِ ، أو نَقْصِ قِيمَتِه ، وأشْباهُ هذا ، فيَجُوزُ القَرْضُ ؛ لأنَّ لليَتِيمِ فيه حَظًّا، فجاز ، كالتِّجارَةِ به . وإن لم يكُنْ فيه حَظٌّ ، لم يَجُزْ ؛ لأنه تَبرُّعٌ بمالِ اليَتِيمِ ، فلم يَجُزْ ، كهِبَتِه . وإن أراد الوَلِيُّ السَّفَرَ ، لم يكُنْ له المُسافرَةُ بمالِه ، فإن أراد أن يُودِعَ مالَ اليَتيمِ ، فقَرْضُه لثقَةٍ أوْلَى مِن ذلك ؛ لأنَّ الوَدِيعَةَ لا تُضْمَنُ ، فإن لم يَجِدْ ثِقَةً يَسْتَقْرِضُه ، فله إيداعُه ؛ لأنَّه مَوْضِعُ حاجَةٍ . وإن أوْدَعَه مع إمْكانِ قَرْضِه ، جاز ، ولا ضَمانَ عليه ؛ لأنَّه رُبَّما رَأَى الإيداعَ أوْلَى مِن القَرْضِ ، فلا يكونُ مُفَرِّطًا . وكلُّ مَوْضِعٍ قُلْنا : له قَرْضُه . فلا يَجُوزُ إلَّا لمليءٍ أمِينٍ ؛ ليَأْمَنَ جُحُودَه وتَعَذُّرَ الإيفاءِ . ويَنْبَغِي أن يَأْخُذَ رَهْنًا إنْ أمْكَنَه ، فإن تَعذَّرَ عليه أخْذُ الرَّهْنِ ، جاز تَرْكُه ، فى

الإنصاف

و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الهادِى » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » ، فقال : يُقْرِضُه برَهْنٍ . قال ناظِمُ « المُفْرَداتِ » : قطَع به فى « المُغْنِى » . قال فى « الفُروعِ » : وسِياقُ كلامِهم ، لحَظِّه . وقال فى « المُسْتَوْعِبِ » : وفى قَرْضِه برَهْنٍ وإشْهادٍ رِوايَتان . وقال فى « التَّرْغِيبِ » : وفى قَرْضِه برَهْنٍ رِوايَتان . انتهى . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، جَوازُ قَرْضِه للمَصْلَحَةِ ، سواءٌ كان برَهْنٍ ، أوْ لا ، وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » . قال فى « المُحَرَّرِ » : ويَمْلِكُ قَرْضَه . قال فى « الكافِى » : فإنْ لم يأْخُذْ رَهْنًا ، جازَ فى ظاهرِ كلامِه . واقْتَصرَ عليه . وأطْلَقهما فى « الفائقِ » .

الشرح الكبير

ظاهِرِ كلامِ أحمدَ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّ مَن يَسْتَقْرِضُه لحَظِّ اليَتِيمِ لا يَبْذُلُ رَهْنًا ، فاشْتِراطُ الرَّهْنِ يُفَوِّتُ هذا الحَظَّ . وظاهِرُ كلامِ شيخِنا فى الكِتابِ[1] المَشْرُوحِ ، أنَّه لا يَجُوزُ [2]إلَّا برَهْنٍ[2] . وكذلك ذَكَرَه أبو الخَطَّابِ ؛ لأنَّ فيه احْتِياطًا للمالِ ، [2]وحِفْظًا له عن الجَحْدِ والمَطْلِ . فإن أمْكَنَه أخْذُ الرَّهْنِ ، فالأوْلَى له أخْذُه ، احْتِياطًا للمالِ[2] . فإن تَرَكَه، احْتَمَلَ أن يَضْمَنَ إن ضاع المالُ؛ لتَفرِيطِه، واحْتَمَلَ أن لا يَضْمَنَ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ سَلامَتُه. وهذا ظاهِرُ كلامِ أحمدَ؛ لكَوْنِه لم يَذْكُرِ الرَّهْنَ. [١٢٣/٤ظ]

الإنصاف

فوائد ؛ الأُولَى ، قال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » : فإنْ أمْكَنَ أخْذُ الرَّهْنِ ، فالأَوْلَى له أخْذُه احْتِياطًا ، فإنْ ترَكَه ، احْتَمَلَ أنْ يَضْمَنَ إنْ ضاعَ المالُ ؛ لتَفريطِه . واحْتَمَلَ أنْ لا يَضْمَنَ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ سَلامَتُه . وهذا ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ؛ لكَوْنِه لم يَذْكُرِ الرَّهْنَ . قلتُ : إنْ رأَى المَصْلَحَةَ وأقْرَضَه ، ثم تَلِفَ ، لم يَضْمَنْ . وأطْلَقَهما فى « الفائقِ » . الثَّانيةُ ، يجوزُ إيداعُه مع إمْكانِ قَرْضِه . ذكَرَه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . قال فى « الفُروعِ » : فظاهِرُه ، متى جازَ قَرْضُه ، جازَ إيداعُه . وظاهِرُ كلامِ الأكْثَرِ ، يجوزُ إيداعُه ؛ لقَوْلِهم : يتَصَرَّفُ بالمَصْلَحَةِ . وقد يَراه مَصْلَحَةً ، ولهذا جازَ – مع إمْكانِ قَرْضِه – أنْ يَمْلِكَه الشَّرِيكُ ، فى إحْدَى الرِّوايتَيْن ، دُونَ القَرْضِ ؛ لأنَّه تبرُّعٌ ، والوَدِيعَةُ اسْتِنابَةٌ فى حِفْظٍ . لاسِيَّما إنْ جازَ للوَكِيلِ التَّوْكِيلُ . ولهذا يتَوَجَّهُ فى المُودِعِ رِوايَةٌ ، ويتَوَجَّهُ أيضًا فى قَرْضِ الشَّرِيكِ رِوايَةٌ . قال : وقال فى « الكافِى » : لا يُودِعُه إلَّا لحاجَةٍ ، ويُقْرِضُه لحَظِّه بلا رَهْنٍ ، وأنَّه لو سافَرَ أوْدَعَه ، وقَرْضُه أوْلَى . انتهى . الثالثةُ ،

(١) فى م : « هذا الكتاب » .

(٢ – ٢) سقط من : م .

المقنع

وَشِرَاءُ الْعَقَارِ لَهُمَا ، وَبِنَاؤُهُ بِمَا جَرَتْ عَادَةُ أَهْلِ بَلَدِهِ بِهِ ، إِذَا رَأَى الْمَصْلَحَةَ فِى ذَلِكَ كُلِّهِ .

الشرح الكبير

فصل : قال أبو بكرٍ : هل يَجُوزُ للوَصِىِّ أن يَسْتَنِيبَ فيما يَتَوَلَّى مِثْلَه بنَفْسِه ؟ على رِوايَتَيْن ، بِناءً على الوَكِيلِ . وقال القاضى : يَجُوزُ ذلك للوَصِىِّ ، وفى الوَكِيلِ رِوايَتان . وفَرَّقَ بينَهما بأنَّ الوَكِيلَ يُمْكِنُه الاسْتِئْذانُ ، والوَصِىُّ بخِلافِه .

١٩٥٣ - مسألة : (و) له (شِراءُ العَقارِ لهما ، وبِناؤُه بما جَرَتْ عادَةُ أهْلِ بَلَدِه به ، إذا رَأى المَصْلَحَةَ فى ذلك كلِّه) لأنَّه مَصْلَحَةٌ له ، فإنَّه يَحْصُلُ له الفَضْلُ ، ويَبْقَى الأصْلُ ، والغَرَرُ فيه أقَلُّ مِن التِّجارَةِ ؛ لأنَّ أصْلَه مَحْفُوظٌ .

الإنصاف

حيثُ قُلْنا : يُقرِضُه . فلا يُقْرِضُه لمَوَدَّةٍ ومُكافَأةٍ . نصَّ عليه . الرَّابعَةُ ، قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » وغيرِه : ولا يقْتَرِضُ وَصِىٌّ ولا حاكِمٌ منه شيئًا . ويأْتِى (١) فى بابِ الشُّفْعَةِ ، أنَّه (١) يَلْزَمُه أنْ يَأْخُذَ بالشُّفْعَةِ إذا كان ذلك أحَظَّ . الخامسةُ ، يجوزُ رَهْنُ مالِهما للحاجَةِ عندَ ثِقَةٍ ، وللأَبِ أنْ يَرْتَهِنَ مالَهما مِن نَفْسِه ، ولا يجوزُ لغيرِه ، على المذهبِ . وفى « المُغْنِى » رِوايَةٌ ، بالجَوازِ لغيرِه . قال الزَّرْكَشِىُّ : وفيها نَظَرٌ .

قوله : وشِراءُ العَقارِ لهما ، وله بِناؤُه بما جَرَتْ عادَةُ أهْلِ بَلَدِه به . هكذا قال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وصاحِبُ « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الوَجيزِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، وغيرُهم . قال المُصَنِّفُ [٢/١٤٣و] ، والشَّارِحُ : وقال أصحابُنا : يَبْنِيه بالآجُرِّ والطِّينِ ، ولا

(١ - ١) فى الأصل ، ط : « فى الشفيع أن » .

الشرح الكبير

فصل : ويَجُوزُ له أنْ يَبْنِيَ لهما عَقارًا ؛ لأنَّه فى مَعْنَى الشِّراءِ ، [1]إلَّا أن يكونَ الشِّراءُ[1] أحَظَّ ، وهو مُمْكِنٌ ، فيَتَعَيَّنُ تَقْدِيمُه . وإذا أراد بناءَه ، بَناه بما يَرَى الحَظَّ فيه ، ممّا جَرَتْ عادَةُ أهْلِ البَلَدِ به . وقال أصْحابُنا : يَبْنِيهِ بالآجُرِّ والطِّينِ ، ولا يَبْنِى باللَّبِنِ ؛ لأنَّه إذا هُدِم لا مَرْجُوعَ له ، ولا بجِصٍّ ؛ لأنَّه يَلْتَصِقُ بالآجُرِّ فلا يَتَخَلَّصُ منه ، فإذا انْهَدَمَ فَسَد الآجُرُّ ؛ لأنَّ تَخْلِيصَه منه يُفْضِى إلى كَسْرِه . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ . والذى قُلْناه أوْلَى ، إن شاء اللهُ ، فإنَّه إذا كان الحَظُّ له فى البِناءِ بغيرِه ، فتَرَكَه ، ضَيَّعَ حَظَّه ومالَهُ ، ولا يَجُوزُ تَضْيِيعُ الحَظِّ العاجِلِ وتَحَمُّلُ الضَّرَرِ النّاجِزِ المُتَيَقَّنِ ؛ لتَوَهُّمِ مَصْلَحَةِ بَقاءِ الآجُرِّ عندَ هَدْمِ البناءِ ، ولعَلَّ ذلك لا يكونُ فى حَياتِه ولا يَحْتاجُ إليه ، مع أنَّ كَثِيرًا مِن البُلْدانِ لا يُوجَدُ فيها الآجُرُّ ، وكَثِيرٌ منها لم تَجْرِ عادَتُهم بالبِناءِ به ، فلو كُلِّفُوا البِناءَ به ، لاحْتاجُوا إلى غَرامَةٍ كَثِيرَةٍ لا يَحْصُلُ منها طائِلٌ . فعلى هذا ، يُحْمَلُ قولُ أصْحابِنا على مَن عادَتُهم البِناءُ بالآجُرِّ ، كالعِراقِ ونَحْوِها ، ولا يَصِحُّ حَمْلُه فى حَقِّ غيرِهم ، وإنَّما يَفْعَلُ ما ذَكَرْنا مِن الشِّراءِ والبِناءِ ، إذا رَأَى المَصْلَحَةَ فيه والحَظَّ لهما .

الإنصاف

يَبْنِيه باللَّبِنِ . وحمَلا كلامَهم على مَن عادَتُهم ذلك ، وهو أوْلَى . وأَجْراه فى « الفائقِ » على ظاهرِه ، وجعَل الأوَّلَ اخْتِيارَ المُصَنِّفِ .

(1 - 1) سقط من : م .

المقنع

وَلَهُ شِرَاءُ الْأُضْحِيَةِ لِلْيَتِيمِ الْمُوسِرِ . نَصَّ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير

١٩٥٤ - مسألة : (وله شِراءُ الأُضْحِيَةِ لليَتِيمِ المُوسِرِ . نَصَّ عليه) إذا كان له مالٌ كَثِيرٌ لا يَتَضَرَّرُ بشِرائِها ، فيكونُ ذلك على وَجْهِ التَّوْسِعَةِ فى النَّفَقَةِ فى هذا اليَوْمِ الذى هو يومُ عيدٍ وفَرَحٍ ، وفيه جَبْرُ قَلْبِه ، وإلْحاقُه بمَن له أبٌ ، فيُنَزَّلُ مَنْزِلَةَ الثِّيابِ الحَسَنَةِ وشِراءِ اللَّحْمِ ، سِيَّما مع اسْتِحْبابِ التَّوْسِعَةِ فى هذا اليَوْمِ ، وجَرْىِ العادَةِ بها[١] ؛ بدَلِيلِ قولِ النبىِّ ﷺ : « إنَّهَا أَيَّامُ أَكْلٍ وَشُرْبٍ وَذِكْرِ اللهِ عَزَّ وَجَلَّ » . رَواه مسلمٌ[٢] . وهذا قولُ أبى حَنِيفَةَ ، ومالِكٍ . قال مالِكٌ : إذا كان له ثلاثُون دِينارًا ، يُضَحِّى عنه بالشّاةِ بنِصْفِ دِينارٍ . وعن أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، رِوايَةٌ أُخْرَى ، [٣]أنَّ ذلك[٣] لا يَجُوزُ . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه إخْراجُ شىءٍ مِن مالِه بغيرِ عِوَضٍ ، فلم يَجُزْ ، كالهَدِيَّةِ . قال شيخُنا[٤] : ويَحْتَمِلُ أن

الإنصاف

قوله : وله شِراءُ الأُضْحِيَةِ لليَتِيمِ المُوسِرِ . نَصَّ عليه . وهو المذهبُ . يعْنِى ، يُسْتَحَبُّ له شِراؤُها . قال فى « الفُروعِ » : والتَّضْحِيَةُ له على الأصَحِّ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » هنا . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » . وعنه ، لا يجوزُ له ذلك . قال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » : يَحْتَمِلُ أنْ يُحْمَلَ كلامُ أحمدَ فى الرِّوايتَيْن على حالَيْن ؛ فالمَوْضِعُ الذى منَع منه ، إذا كان الطِّفْلُ لا يَعْقِلُ التَّضْحِيَةَ ، ولا يَفْرَحُ بها ، ولا

(١) سقط من : م .
(٢) تقدم تخريجه فى ٧/٥٤٣ .
(٣ - ٣) سقط من : م .
(٤) فى : المغنى ١٣/٣٧٨ ، ٣٧٩ .

الشرح الكبير

يُحْمَلَ كلامُ أحمدَ فى الرِّوايَتَيْن على حالَيْن ، فالمَوْضِعُ الذى مَنع التَّضْحِيَةَ ، إذا كان الطِّفْلُ لا يَعْقِلُ التَّضْحِيَةَ ، [٤/١٢٤و] ولا يَفْرَحُ بها ، ولا يَنْكَسِرُ قَلْبُه بتَرْكِها ؛ لعَدَمِ الفائدَةِ فيها ، والمَوْضِعُ الذى أجازَها إذا كان اليَتِيمُ يَعْقِلُها ، ويَنْجَبِرُ قَلْبُه بها ، ويَنْكَسِرُ بتَرْكِها ؛ لحُصُولِ الفائدَةِ فيها . وعلى كلِّ حالٍ ، مَن ضَحَّى عن اليَتِيمِ ، لم يَتَصَدَّقْ بشىءٍ منها ، ويُوَفِّرُها لنَفْسِه ؛ لأنَّه لا يَحِلُّ الصَّدَقَةُ بشىءٍ مِن مالِ اليَتِيمِ تَطَوُّعًا .

فصل : ومتى كان خَلْطُ مالِ اليَتِيمِ أَرْفَقَ به ، وأَلْيَنَ فى الخَبْزِ ، وأمْكَنَ فى حُصُولِ الأُدْمِ ، فهو أوْلَى . وإن كان إفْرادُه أرْفَقَ به ، أفْرَدَه ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ ٱلْمُفْسِدَ مِنَ ٱلْمُصْلِحِ وَلَوْ شَآءَ ٱللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ ﴾[1] . أى ضَيَّقَ عليكم وشَدَّدَ ، مِن قَوْلِهِم : أعْنَتَ فُلانٌ فُلانًا . إذا ضَيَّقَ عليه وشَدَّدَ .

الإنصاف

يَنْكَسِرُ قَلْبُه بتَرْكِها . والمَوْضِعُ الذى أجازَها ، عَكْسُ ذلك . انتهى . وذكَرَه فى « النَّظْمِ » قَوْلًا . وأطْلَقَ الرِّوايتَيْن فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايةِ » ، فى بابِ الأُضْحِيَةِ . وذكَر فى « الانْتِصارِ » ، عن أحمدَ ، تجبُ الأُضْحِيَةُ عنِ اليَتِيمِ المُوسِرِ . فعلى المذهبِ ، يَحْرُمُ عليه الصَّدَقَةُ منها بشىءٍ . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الفُروعِ » ، وغيرُهم . فيُعايَى بها . قلتُ : ولو قيلَ بجَوازِ التَّصَدُّقِ منها بما جَرَتِ العادَةُ به ، لكان مُتَّجِهًا ، على ما تقدَّم التَّنْبِيهُ عليه فى بابِه .

(١) سورة البقرة ٢٢٠ .

المقنع

وَتَرْكُهُ فِي الْمَكْتَبِ ، وَأَدَاءُ الْأُجْرَةِ عَنْهُ ، وَلَا يَبِيعُ عَقَارَهُمَا إِلَّا لِضَرُورَةٍ أَوْ غِبْطَةٍ ، وَهُوَ أَنْ يُزَادَ فِي ثَمَنِهِ الثُّلُثُ فَصَاعِدًا .

الشرح الكبير

١٩٥٥ – مسألة : (و) يَجُوزُ (تَرْكُه فى المَكْتَبِ ، وأداءُ الأُجْرَةِ عنه) بغيرِ إذْنِ الحاكِمِ . وحُكِيَ لأحمدَ قولُ سُفيانَ : لا يُسَلِّمُ الوَصِيُّ الصَّبِيَّ إلَّا بإذْنِ الحاكِمِ . فأنْكَرَ ذلك ؛ وذلك لأنَّ المَكْتَبَ مِن مَصالِحِه ، فجَرَى مَجْرَى نَفَقَتِه لمَأْكُولِه ومَلْبُوسِه . وكذلك يَجُوزُ أن يُسَلِّمَه فى صِناعَةٍ ، إذا كانت مَصْلَحَتُه فى ذلك ؛ لِما ذَكَرْناه .

١٩٥٦ – مسألة : (ولا يَبِيعُ عقارَهم إلَّا لضَرُورَةٍ أو غِبْطَةٍ ؛ وهو أن يُزادَ فى ثَمَنِه الثُّلُثُ فصاعِدًا) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّه لا يَجُوزُ بَيْعُ عَقارِهم لغيرِ حاجَةٍ ؛ لأنَّنا نَأْمُرُه بالشِّراءِ ؛ لِما فيه مِن الحَظِّ ، فبَيْعُه إذًا تَفْوِيتٌ

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، له تَعْلِيمُه ما ينْفَعُه ، ومُداواتُه بأُجْرَةٍ ؛ لمَصْلَحَةٍ فى ذلك ، وحَمْلُه بأُجْرَةٍ ليَشْهَدَ الجماعَةَ . قالَه فى « المُجَرَّدِ » ، و « الفُصولِ » . واقْتَصَرَ عليه أيضًا فى « الفُروعِ » . قال فى « المُذهَبِ » : له أنْ يأْذَنَ له بالصَّدَقَةِ بالشَّيءِ اليَسِيرِ . واقْتَصرَ عليه أيضًا فى « الفُروعِ » . الثَّانيةُ ، للوَلِيِّ أنْ يأْذَنَ للصَّغِيرَةِ أنْ تَلْعَبَ باللُّعَبِ – إذا كانتْ غيرَ مُصَوَّرَةٍ – وشِراؤُها لها بمالِها . نصَّ عليهما ، وهذا المذهبُ . وقيل : مِن مالِه . وصحَّحه النَّاظِمُ فى « آدابِه » . وهما احْتِمالان مُطْلَقان فى « التَّلْخيصِ » ، فى بابِ اللِّباسِ .

قوله : ولا يبِيعُ عَقارَهم إلَّا لضَرُورَةٍ ، أو غِبْطَةٍ ، وهو أنْ يُزادَ فى ثَمَنِه الثُّلُثُ فصَاعِدًا . اشْترَطَ المُصَنِّفُ لجَوازِ بَيْعِ عَقارِهم وُجودَ أحَدِ شيْئَيْن ؛ إمَّا الضَّرُورَةُ ، وإمَّا الغِبْطَةُ . فأمَّا الضَّرُورَةُ ، فيجوزُ بَيْعُه لها ، بلا نِزاعٍ . ولكنْ خصَّ القاضى

الشرح الكبير

للحظِّ[1] . فإنِ احْتِيجَ إلى بَيْعِه ، جاز . قال أحمدُ : يَجُوزُ للوَصِىِّ بَيْعُ الدُّورِ على الصِّغارِ ، إذا كان أحَظَّ[2] لهم . وبه قال الثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ، وإسحاقُ ، قالُوا : يَبِيعُ إذا رَأى الصَّلاحَ . قال القاضى : لا يَجُوزُ بَيْعُه إلَّا فى مَوْضِعَيْن ؛ أحَدُهما ، أن يكونَ به[3] ضَرُورَةٌ إلى كُسْوَةٍ ، أو نَفَقَةٍ ، أو قَضاءِ دَيْنٍ ، أو ما لا بُدَّ منه ، وليس له ما تَنْدَفِعُ به حاجَتُه . الثانى ، أن يكونَ فى بَيْعِه غِبْطَةٌ ؛ وهو أن يُبْذَلَ فيه زِيادَةٌ كثيرَةٌ على ثَمَنِ مثلِه . قال أبو الخَطَّابِ : كالثُّلُثِ فما زاد . أو يَخافُ عليه الهَلاكَ بغَرَقٍ أو خَرابٍ أو نحوِه . وهذا الذى ذَكَرَه شيخُنا فى [4]الكِتابِ المَشْرُوحِ[4] . وهو قَوْلٌ فى مَذْهَبِ الشافِعِىِّ . وكَلامُ أحمدَ يَقْتَضِى إباحَةَ البَيْعِ فى كُلِّ[5] مَوْضِعٍ يكونُ نَظَرًا[6] لهم ، ولا يَخْتَصُّ بما ذَكَرُوه ، فإنَّ الوَلِىَّ قد يَرَى الحَظَّ فى غيرِ هذا ، مثلَ أن يكونَ فى مكانٍ[7]

الإنصاف

الضَّرُورَةَ باحْتِياجِهم إلى كُسْوَةٍ أو نَفَقَةٍ ، أو قَضاءِ دَيْنٍ ، أو ما لابُدَّ منه . وقال غيرُه : أو يَخافُ عليه الهَلاكَ بغَرَقٍ أو خَرابٍ أو نحوِه . ومَفْهومُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّه لا يجوزُ ، إذا لم تَكُنْ ضَرورَةٌ . وهو أحَدُ الوَجْهَيْن . اخْتارَه القاضى . وهو ظاهِرُ كلامِه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ،

---

(1) بعده فى ر ، ق : « فلا يجوز » .
(2) فى ر ، ق : « نظرا » .
(3) فى م : « فيه » .
(4 - 4) فى م : « المقنع » .
(5) سقط من : الأصل .
(6) النَّظَر : الإعانة ، ويُعَدَّى باللام . تاج العروس (ن ظ ر) .
(7) فى الأصل : « موضع » .

الشرح الكبير

لا يَنْتَفِعُ به ، أو نَفْعُه قَلِيلٌ ، فيَبِيعُه ويَشْتَرِى له فى مَكانٍ يَكْثُرُ نَفْعُه ، أو يَرَى شيئًا فى شِرائِه غِبْطَةٌ لا يُمْكِنُه شِراؤُه إلَّا ببَيْعِ عَقارِه ، وقد تكُونُ [٤/١٢٤ظ] دارُه بمَكانٍ يتَضَرَّرُ الغُلامُ بالمُقامِ فيها ؛ لسوءِ الجِوارِ أو غيرِه ، فيَبِيعُها ويَشْتَرِى له بثَمَنِها دارًا يَصْلُحُ له المُقامُ بها ، وأشْباهُ هذا ممّا لا يَنْحَصِرُ . وقد لا يكونُ له حَظٌّ فى بَيْعِ[1] عَقارِه وإن دُفِعَ مِثْلَا ثَمَنِه ؛ إمّا لحاجتِه إليه ، وإمّا لأنَّه لا يُمْكِنُ صَرْفُ ثَمَنِه فى مِثْلِه ، فيَضِيعُ الثَّمَنُ ولا يُبارَكُ فيه ، فقد جاء عن النَّبِىِّ ﷺ : « مَنْ بَاعَ دَارًا أَوْ عَقَارًا ، وَلَمْ يَصْرِفْ ثَمَنَه فِى مِثْلِه ، لَمْ يُبَارَكْ لَهُ فِيهِ »[2] . فلا يَجُوزُ بَيْعُه إذًا ، فلا مَعْنَى لتَقْيِيدِه بما ذَكَرُوه فى الجَوازِ ولا فى المَنْعِ ، بل متى كان الحَظُّ فى بَيْعِه جاز ، وما لا فلا . وهذا اخْتِيارُ شَيْخِنا[3] . وهو الصَّحِيحُ ، إن شاءَ اللهُ تَعالَى .

الإنصاف

و « الخُلاصَةِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، وغيرِهم ، وكلامُهم ككَلامِ المُصَنِّفِ . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . والصَّحِيحُ مِنَ المذهبِ ، جَوازُ بَيْعِه إذا كان فيه مَصْلَحَةٌ . وهو ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ . واخْتارَه المُصَنِّفُ فى غيرِ هذا الكِتابِ ، واخْتارَه الشّارِحُ ، ومالَ إليه فى « الرِّعايَةِ

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب من باع عقارا و لم يجعل ثمنه فى مثله ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٣٢/٢ . والدارمى ، فى : باب فى من باع دارا فلم يجعل ثمنها فى مثلها ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٧٣/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٠٧/٤ .

(٣) فى : المغنى ٣٤١/٦ .

المقنع

وَإِنْ وَصَّى لِأَحَدِهِمَا بِمَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ وَلَا تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ لِإِعْسَارِ الْمُوصَى لَهُ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، وَجَبَ عَلَى الْوَلِيِّ قَبُولُ الْوَصِيَّةِ ، وَإِلَّا لَمْ يَجُزْ لَهُ قَبُولُهَا .

فَصْلٌ : وَمَنْ فُكَّ عَنْهُ الْحَجْرُ ، فَعَاوَدَ السَّفَهَ ، أُعِيدَ الْحَجْرُ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير

١٩٥٧ - مسألة : (وإن وَصَّى لأَحَدِهما بمَن يَعْتِقُ عليه ولا تَلْزَمُه نَفَقَتُه ، لإعْسارِ المُوصَى له أو غيرِ ذلك ، وَجَب على الوَلِيِّ قَبُولُ الوَصِيَّةِ) لأنَّه مَصْلَحَةٌ ليس فيها ضَرَرٌ ، وإن كان تَلْزَمُه نفقتُه (لم يَجُزْ له قَبُولُها) لِما فيه مِن الضَّرَرِ بتفْوِيتِ مالِه بالنَّفَقةِ عليه .

فصل: قال، رَحِمَه اللهُ: (ومَن فُكَّ عنه الحَجْرُ، فعاوَدَ السَّفَهَ، أُعِيدَ الحَجْرُ عليه) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ المَحْجُورَ عليه إذا فُكَّ عنه الحَجْرُ لرُشْدِه

الإنصاف

الكُبْرى » . قال النَّاظِمُ : هذا أوْلَى . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وأمَّا الغِبْطَةُ ، فيَجوزُ بَيْعُه لها ، بلا نِزاعٍ . لكِنِ اشْتَرطَ المُصَنِّفُ : أنْ يُزادَ فى ثَمَنِه الثُّلُثُ فصَاعِدًا . وهو أحَدُ الوَجْهَيْن . وجزَم به فى « الهِدايةِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الهادِى » ، و « الحاوِيَيْن » . وقال القاضى : بزيادةٍ كثيرةٍ ظاهِرَةٍ على ثَمَنِ مِثْلِه . ولم يُقَيِّدْه بالثُّلُثِ ولا غيرِه . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، جَوازُ بَيْعِه ، إذا كان فيه مَصْلَحَةٌ . نصَّ عليه ، كما تقدَّم ، سواءٌ حصَل زِيادَةٌ أوْ لا . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، والنَّاظِمُ . قال فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » : هذا نصُّه . ومالَ إليه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » .

قوله : ومَن فُكَّ عنه الحَجْرُ فعاوَدَ السَّفَهَ ، أُعِيدَ عليه الحَجْرُ . بلا نِزاعٍ . ونقَلَه

الشرح الكبير

وبُلُوغِه ، ودُفِع إليه مالُه ، ثم عاد إلى السَّفَهِ ، أُعِيدَ عليه الحَجْرُ . وبه قال القاسِمُ بنُ محمدٍ ، ومالِكٌ ، والأوْزَاعِيُّ ، والشافعيُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ . وقال أبو حَنِيفَةَ : لا يُبْتَدَأُ الحَجْرُ على بالِغٍ عاقِلٍ ، وتَصَرُّفُه نافِذٌ . رُوِى ذلك عن ابن سِيرِينَ ، والنَّخَعِىِّ ؛ لأنَّه مُكَلَّفٌ ، فلا يُحْجَرُ عليه ، كالرَّشِيدِ . ولَنا ، ما رَوَى عُرْوَةُ بنُ الزُّبَيْرِ ، أنَّ عبدَ اللهِ بنَ جَعْفَرٍ ابْتاعَ بَيْعًا ، فقال علىٌّ : لآتِيَنَّ عُثْمانَ لَيَحْجُرَ عليك . فأتَى عبدُ اللهِ بنُ جَعْفَرٍ الزُّبَيْرَ ، فقال : قد ابْتَعْتُ بَيْعًا ، وإنَّ عَلِيًّا يُرِيدُ أن يَأْتِىَ أمِيرَ المُؤْمِنِينَ عُثْمانَ فَيَسْأَلَه الحَجْرَ عَلَىَّ . فقال الزُّبَيْرُ : أنا شَرِيكُكَ فى البَيْعِ . فأتَى علىٌّ عُثْمانَ ، فقال : إنَّ ابنَ جَعْفَرٍ قد ابْتاعَ بَيْعَ كذا ، فاحْجُرْ عليه . فقال الزُّبَيْرُ : أنا شَرِيكُه فى البَيْعِ . قال عثمانُ : كيف أحْجُرُ على مَن شَرِيكُه الزُّبَيْرُ[1] ؟ قال أحمدُ : لم أسْمَعْ هذا إلَّا مِن أبى يُوسُفَ القاضِى . وهذه قَضِيَّةٌ يَشْتَهِرُ مِثْلُها ، ولم يُخالِفْها أحَدٌ فى عَصْرِهِم ، فتكُونُ إجْماعًا . ولأنَّه سَفِيهٌ ، فيُحْجَرُ عليه ، كما لو بَلَغ سَفِيهًا ؛ فإنَّ العِلَّةَ التى اقْتَضَتِ الحَجْرَ عليه إذا بَلَغَ سَفِيهًا سَفَهُهُ ، وهو مَوْجُودٌ ، ولأنَّ السَّفَهَ لو قارَنَ[2] البُلُوغَ مَنَع دَفْعَ مالِه إليه ، فإذا حَدَث ، أوْجَبَ انْتِزاعَ المالِ ، كالجُنُونِ . وفارَقَ الرَّشِيدَ ؛ فإنَّ رُشْدَه لو قارَنَ البُلُوغَ لم يَمْنَعْ دَفْعَ مالِه

الإنصاف

الجماعَةُ عن أحمدَ .

---

(١) أخرجه البيهقى ، فى : باب الحجر على البالغين بالسفه ، من كتاب الحجر . السنن الكبرى ٦١/٦ .
(٢) فى الأصل : « فارق » .

المقنع وَلَا يَنْظُرُ فِى مَالِهِ إِلَّا الْحَاكِمُ ، وَلَا يَنْفَكُّ عَنْهُ الْحَجْرُ إِلَّا بِحُكْمِهِ . وَقِيلَ : يَنْفَكُّ بِمُجَرَّدِ رُشْدِهِ .

الشرح الكبير إليه . إذا ثَبَتَ ذلك ، فلا يَحْجُرُ عليه إلَّا الحاكِمُ . وبهذا [٤/١٢٥و] قال الشافعيُّ . وقال محمدٌ : يَصِيرُ مَحْجُورًا عليه بمُجَرَّدِ تَبْذِيرِه ؛ لأنَّ ذلك سَبَبُ الحَجْرِ ، فأشْبَهَ الجُنُونَ . ولَنا ، أنَّ التَّبْذِيرَ يَخْتَلِفُ ، ويُخْتَلَفُ فيه ، ويَحْتاجُ إلى الاجْتِهادِ ، فإذا افْتَقَرَ السَّبَبُ إلى الاجْتِهادِ ، لم يَثْبُتْ إلَّا بحُكْمِ حاكِمٍ ، كالحَجْرِ على المُفْلِسِ ، وفارَقَ الجُنُونَ ، فإنَّه لا يَفْتَقِرُ إلى الاجْتِهادِ ، ولا خِلافَ فيه .

١٩٥٨ – مسألة : (ولا يَنْظُرُ فى مالِه إلَّا الحاكِمُ) لأنَّ الحَجْرَ عليه يَفْتَقِرُ إلى الحاكِمِ ، فكذلك النَّظَرُ فى مالِه .

١٩٥٩ – مسألة : (ولا يَنْفَكُّ عنه الحَجْرُ إلَّا بحُكْمِه) يَعْنِى إذا رَشَدَ احْتاجَ فَكُّ الحَجْرِ إلى حُكْمِ الحاكِمِ . وبه قال الشافعيُّ (وقيل : يَنْفَكُّ بمُجَرَّدِ رُشْدِه) قاله أبو الخَطّابِ ؛ لأنَّ سَبَبَ الحَجْرِ زال ، فيَزُولُ بزَوالِه ، كما فى حَقِّ الصَّبِىِّ والمَجْنُونِ . ولَنا ، أنَّه حَجْرٌ ثَبَت بحُكْمِ الحاكِمِ ، فلا يَزُولُ إلَّا بحُكْمِه ، كالمُفْلِسِ ، ولأنَّ الرُّشْدَ يَحْتاجُ إلى

الإنصاف قوله : ولا يَنْظُرُ فى مالِه إلَّا الحاكِمُ . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : يَنْظُرُ فيه الحاكِمُ ، أو أبُوه . قال ابنُ أبِى مُوسى : حَجْرُ الأبِ على ابنِه البالغِ السَّفيهِ واجِبٌ على أُصولِه ، حاكِمًا كان أو غيرَ حاكِمٍ . وقيلَ : يَنْظُرُ فيه وَلِيُّه الأوَّلُ ، كما لو بلَغ سَفِيهًا . وقيل : إنْ زالَ الحَجْرُ بمُجَرَّدِ رُشْدِه بلا حُكْمٍ ، عادَ

الشرح الكبير

تَأَمُّلٍ واجْتِهادٍ فى مَعْرِفَتِه وزَوالِ تَبْذِيرِه ، فكان كابْتِداءِ الحَجْرِ عليه . وفارَقَ الصَّبِىَّ والمَجْنُونَ ، فإنَّ الحَجْرَ عليهما بغيرِ حُكْمِ الحاكِمِ ، فيَزُولُ بغيرِ حُكْمِه ، ولأنَّنا لو وقَفْنا صِحَّةَ تَصَرُّفِ النّاسِ على الحاكِمِ ، كان أكْثَرُ النّاسِ مَحْجُورًا عليه . قال أحمدُ : والشَّيْخُ الكَبِيرُ يُنْكَرُ عَقْلُه ، يُحْجَرُ عليه . يَعْنِى ، إذا كَبِر واخْتَلَّ عَقْلُه حُجِر عليه ، بمَنْزِلَةِ المَجْنُونِ ؛ لأنَّه يَعْجِزُ (١ بذلك عن١) التَّصَرُّفِ فى مالِه على وَجْهِ المَصْلَحَةِ ، وحِفْظِه ، فأشْبَهَ الصَّبِىَّ والمَجْنُونَ .

الإنصاف

بالسَّفَهِ .

فائدة : لو جُنَّ بعدَ رُشْدِه ، فوَلِيُّه الحاكِمُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : بل يَلِيه الأبُ . ذكَرَه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » . وقال فى « الانْتِصارِ » : يَلِى على أبَوَيْه المَجْنُونَيْن . ونقَل المَرُّوذِىُّ ، أرَى أنْ يَحْجُرَ الابنُ على الأبِ إذا أسْرَفَ ، أو كان يضَعُ مالَه فى الفَسادِ ، أو شِراءِ المُغَنِّياتِ .

قوله : ولا يَنْفَكُّ الحَجْرُ إلَّا بحُكْمِه – هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . قال فى « الفُروعِ » : يَفْتَقِرُ إلى حُكْمٍ فى الأصحِّ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا الصَّحيحُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » وغيرِه – وقيل : يَنْفَكُّ عنه الحَجْرُ بمُجَرَّدِ رُشْدِه . اخْتارَه أبو الخَطَّابِ . وقيل : يَنْفَكُّ عنه بمُجَرَّدِ رُشْدِه فى غيرِ السَّفِيهِ . فأمَّا فى السَّفِيهِ ، فلا بُدَّ مِنَ الحُكْمِ بفكِّه [٢/ ١٤٣ظ] .

(١ - ١) فى الأصل : « عن ذلك » .

المقنع

وَيُسْتَحَبُّ إِظْهَارُ الْحَجْرِ عَلَيْهِ [١١٩و] وَالْإِشْهَادُ عَلَيْهِ؛ لِتُجْتَنَبَ مُعَامَلَتُهُ. وَيَصِحُّ تَزْوِيجُهُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ. وَقَالَ الْقَاضِي: يَصِحُّ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ.

الشرح الكبير

١٩٦٠ – مسألة : (ويُسْتَحَبُّ إظْهارُ الحَجْرِ عليه) وأنْ يُشْهِدَ عليه الحاكِمُ ؛ ليَظْهَرَ أمْرُه ، فتُجْتَنَبَ مُعامَلَتُه . وإن رَأى أن يَأْمُرَ مُنادِيًا يُنادِي بذلك ؛ ليَعْرِفَه النّاسُ ، فَعَل . ولا يُشْتَرَطُ الإِشْهادُ ؛ لأنَّه قد يَنْتَشِرُ أمْرُه لشُهْرَتِه .

١٩٦١ – مسألة : (ويَصِحُّ تَزْوِيجُه بإذْنِ وَلِيِّه) وبغيرِ إذْنِه . وهو قولُ أبِي حَنِيفَةَ . واخْتارَه القاضي . وقال أبو الخَطّابِ : لا يَصِحُّ بغيرِ إذْنِ وَلِيِّه . وهو قولُ الشافعيِّ ، وأبِي ثَوْرٍ ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ يَجِبُ به مالٌ ، فلم يَصِحَّ بغيرِ إذْنِ وَلِيِّه ، كالشِّراءِ . ووَجْهُ الأوَّلِ أنه عَقْدٌ غيرُ مالِيٍّ ، فصَحَّ منه ، كخُلْعِه وطَلاقِه ، وإنْ لَزِم منه المالُ ، فحُصُولُه بطَرِيقِ الضِّمْنِ ، فلم يَمْنَعْ صِحَّةَ التَّصَرُّفِ .

الإنصاف

تنبيه : مَفْهومُ قوْلِه : ويَصِحُّ تَزَوُّجه بإذْنِ وَلِيِّه . أنَّه لا يصِحُّ بغيرِ إذْنِه . وله حالَتان ؛ إحْداهما ، أنْ يكونَ مُحْتاجًا إلى الزَّواجِ ، فيَصِحَّ تَزَوُّجه بغيرِ إذْنِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال في « الفُروعِ » : يصِحُّ في الأصحِّ . وجزَم به في « المُغْنِي » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » . وقيل : لا يصِحُّ . وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا ، وصاحِبِ « الهِدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الكافِي » ، وغيرِهم ؛ لأنَّهم قالوا : يصِحُّ بإذْنِه . وقال القاضي : يصِحُّ بغيرِ إذْنِه . وأطْلَقهما في « البُلْغَةِ » . والحالةُ الثَّانيةُ ، أنْ لا يكونَ مُحْتاجًا إليه ، فلا يصِحُّ تَزَوُّجه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال في « الفُروعِ » :

الشرح الكبير

فصل : وإن خالَعَ ، صَحَّ خُلْعُه ؛ لأنَّه إذا صَحَّ الطَّلاقُ ولا يَحْصُلُ منه شيءٌ ، فالخُلْعُ الذى يَحْصُلُ به المالُ أوْلَى ، إلَّا أنَّ العِوَضَ لا يُدْفَعُ إليه ، وإن دُفِع إليه ، لم يَصِحَّ قَبْضُه . وقال القاضى : يَصِحُّ . وسَنَذْكُرُ ذلك

الإنصاف

لم يصِحَّ فى الأصحِّ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، فى بابِ أرْكانِ النِّكاحِ . وقدَّمه فى « الهِدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الكافِى » ، و « الهادِى » ، وغيرِهم . وقيل : يصِحُّ . واخْتارَه القاضى . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . قال فى « الوَجيزِ » : ويصِحُّ تَزَوُّجُه . وأطْلَقَ . وأطْلَقهما فى « البُلْغَةِ » .

فوائد ؛ الأُولَى ، للوَلِىِّ تَزْويجُ السَّفِيهِ بغيرِ إذْنِه ، إذا كانَ مُحْتاجًا إليه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : وله تَزْويجُ سَفِيهٍ بلا إذْنِه ، فى الأصحِّ . قال الشَّارِحُ ، فى بابِ أرْكانِ النِّكاحِ : قال أصحابُنا : يصِحُّ تَزْويجُه مِن غيرِ إذْنِه ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، فملَكَه الوَلِىُّ ، كالبَيْعِ . وكذا قال المُصَنِّفُ . وقيل : ليس له ذلك . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . قال فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » : والمَنْعُ أقْيَسُ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وأطْلَقهما فى « الرِّعايتَيْن » ، فى بابِ النِّكاحِ . فعلى المذهبِ ، فى إجْبارِه وَجْهان . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، فى النِّكاحِ . قلتُ : الأَوْلَى الإِجْبارُ إذا كان أصْلَحَ له . وقال ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » ، فى النِّكاحِ : والأَظْهَرُ أنَّه لا يُجْبِرُه ؛ لأنَّه لا مَصْلَحَةَ فيه . وظاهِرُ نَقْلِ المُصَنِّفِ ، فى « المُغْنِى » ، والشَّارِحِ ، أنَّ الأصحابَ قالُوا : له إجْبارُه . الثَّانيةَ ، لو أذِنَ له ، ففى لُزومِ تَعْيينِ المَرْأةِ وَجْهان . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » ؛ أحدُهما ، لا يُلْزِمُه بتَعْيِينِه ، بل هو مُخَيَّرٌ . وهو الصَّحيحُ . قال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » : الوَلِىُّ مُخَيَّرٌ بينَ

الشرح الكبير

فى بابِ الخُلْعِ . فإن قُلْنا : لا يَصِحُّ القَبْضُ . فأتْلَفَه بعدَ قَبْضِه ، فلا ضَمانَ عليه ، ولا تَبْرَأُ المرأةُ بدَفْعِه إليه ، وهو مِن ضمانِها إن أتْلَفَه أو تَلِف فى يَدِه ؛ لأنَّها سَلَّطَتْه عليه .

الإنصاف

أنْ يُعَيِّنَ له المرْأَةَ ، أو يأْذَنَ له مُطْلَقًا . ونصَراه . وهو الصَّوابُ . وجزَم به ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . والوَجْهُ الثَّانِى ، يَلْزَمُه تَعْيِينُ المرْأَةِ له ، ويتَقَيَّدُ بمَهْرِ المِثْلِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . ويَحْتَمِلُ لُزومُه زِيادَةَ إذنٍ فيها ، كتَزْوِيجه بها ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن . والثَّانى ، تَبْطُلُ هى للنَّهْىِ عنها ، ولا تلزَمُ أحدًا . قلتُ : ويَحْتَمِلُ أنْ تَلْزَمَ الوَلِىَّ . وإنْ عضَلَه الوَلِىُّ ، اسْتَقلَّ بالزَّواجِ ، كما تقدَّم قريبًا . ويأْتِى بعضُ ذلك فى بابِ أرْكانِ النِّكاحِ . الثَّالثةُ ، لو عَلِمَ مِنَ السَّفِيهِ أنَّه يُطَلِّقُ إذا زُوِّجَ ، اشْتَرَى له أمَةً . الرَّابعةُ ، يصِحُّ خُلْعُه ، كطَلاقِه وظِهارِه ولِعانِه وإيلائِه ، لكِنْ لا يَقْبِضُ العِوَضَ ، فإنْ قبَضَه ، لم يصِحَّ قَبْضُه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقال القاضى : يصِحُّ . فعلَى المذهبِ ، لو أتْلَفَه ، لم يَضْمَنْ ، ولا تَبْرأُ المرْأَةُ بدَفْعِها إليه . الخامسةُ ، لو وجَب على السَّفِيهِ كفَّارَةٌ ، كفَّر بالصَّوْمِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، كالمُفْلِسِ . قلتُ : فيُعايَى بها . وقيل : يُكفِّرُ به ، إنْ لم يصِحَّ عِتْقُه . على ما يأْتِى قريبًا . فعلَى المذهبِ ، لو فُكَّ عنه الحَجْرُ قبلَ التَّكْفيرِ ، وقدَر على العِتْقِ ، أعْتَقَ . السَّادِسَةُ ، يُنْفِقُ عليه بالمَعْروفِ ، فإنْ أفْسَدَها ، دفَع إليه يَوْمًا بيَوْمٍ ، فلو أفْسَدَها ، أطْعَمَه بحُضُورِه . وإنْ أفْسَدَ كُسْوَتَه ، ستَر عَوْرَتَه فقط فى البَيْتِ إنْ لم يُمْكِنِ التَّحَيُّلُ ولو بتَهْديدٍ ، وإذا رَآه النَّاسُ ، ألْبَسَه ، فإذا عادَ ، نزَع عنه . السَّابعةُ ، يصِحُّ تَدْبِيرُه ووَصِيَّتُه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : لا يصِحُّ . وتأْتِى وصِيَّتُه فى كتابِ الوَصايا ، فى كلامِ المُصَنِّفِ .

المقنع

وَهَلْ يَصِحُّ عِتْقُهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

١٩٦٢ - مسألة : (وهل يَصِحُّ عِتْقُه ؟ على رِوايَتَيْن) إحْداهما ، لا يَصِحُّ . وهو قولُ القاسِمِ بنِ محمدٍ ، والشافعىِّ . والثانيةُ ، يَصِحُّ ؛ لأنَّه عِتْقٌ مِن مُكَلَّفٍ مالِكٍ تامِّ المِلْكِ ، فَصَحَّ ، كعِتْقِ الرّاهِنِ والمُفْلِسِ . ولَنا ، أنَّه تَصَرُّفٌ فى مالِه ، فلم يَصِحَّ ، كسائِرِ تَصَرُّفاتِه ، ولأنَّه تَبَرُّعٌ ، فأشْبَهَ هِبَتَه وَوَقْفَه ، ولأنَّه مَحْجُورٌ [٤/١٢٥ظ] عليه لحِفْظِ مالِه عليه ، فلم يَصِحَّ ، كعِتْقِ الصَّبِىِّ والمَجْنُونِ . وفارَقَ المُفْلِسَ والرّاهِنَ ؛ فإنَّ الحَجْرَ عليهما لحَقِّ غيرِهما ، وفى عِتْقِهما خِلافٌ أيضًا قد ذَكَرْناه .

فصل : ويَصِحُّ تَدْبيرُه ، ووَصِيَّتُه ؛ لأنَّ ذلك مَحْضُ مَصْلَحَةٍ ، لأنَّه تَقَرُّبٌ إلى اللهِ تعالى بمالِه بعدَ غِناه عنه . ويَصِحُّ اسْتِيلادُه ، وتَعْتِقُ الأَمَةُ المُسْتَوْلَدَةُ بمَوْتِه ؛ لأنَّه إذا صَحَّ ذلك مِن المَجْنُونِ ، فمِن السَّفِيهِ أوْلَى . وله المُطالَبَةُ بالقِصاصِ ؛ لأنَّه مَوْضُوعٌ للتَّشَفِّى والانْتِقامِ ، وهو مِن أهْلِه . وله العَفْوُ على مالٍ ؛ لأنَّه تَحْصِيلٌ للمالِ ، لا تَضْيِيعٌ له . وإن عَفا على غيرِ

الإنصاف

قوله : وهل يَصِحُّ عِتْقُه ؟ على رِوايتَيْن . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ؛ إحْداهما ، لا يصِحُّ . وهو المذهبُ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . قال الزَّرْكَشِىُّ ، فى كتابِ العِتْقِ : هذا أصحُّ الرِّوايتَيْن . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . واخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . قال فى « الرِّعايَةِ » : يصِحُّ عِتْقُه على الأضْعَفِ . قال فى « الفائقِ » : ولا ينْفُذُ عِتْقُه فى أصحِّ الرِّوايتَيْن . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » . وقدَّمه فى « الكافِى » وغيرِه . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، يصِحُّ . اخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وقدَّمه فى

الشرح الكبير

مالٍ ، وقُلْنا : الواجبُ القِصاصُ عَيْنًا . صَحَّ عَفْوُه ؛ لأنَّه لم يَتَضَمَّنْ تَضْيِيعَ المالِ . وإن قُلْنا : أحدُ شَيْئَيْنِ . لم يَصِحَّ عَفْوُه عن المالِ ، ووَجَب المالُ ، كما لو سَقَط القِصاصُ بعَفْوِ أحَدِ الشَّرِيكَيْنِ . وإن أحْرَمَ بالحَجِّ ، صَحَّ ؛ لأنَّه مُكَلَّفٌ (١أحْرَمَ بالحَجِّ١) ، أشْبَهَ غيرَه ، ولأنَّه عِبادَةٌ ، فصَحَّتْ منه ، كسائِرِ العِباداتِ . فإن كان أحْرَمَ بفَرْضٍ ، دُفِع إليه النَّفَقَةُ مِن مالِه ؛ لِيُسْقِطَ الفَرْضَ عن نَفْسِه ، وإن كان تَطَوُّعًا ، وكانت نَفَقَتُه في السَّفَرِ كنَفَقَتِه في الحَضَرِ ، دُفِعَتْ إليه[٢] ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ في إحْرامِه . فإن زادت نَفَقَةُ السَّفَرِ ، فقال : أنا أكْسِبُ تَمامَ نَفَقَتِي . دُفِعَتْ إليه أيضًا ؛ لأنَّه لا يَضُرُّ بمالِه ، وإن لم يكنْ له كَسْبٌ ، فلوَلِيِّه تَحْلِيلُه ؛ لِما في مُضِيِّه فيه مِن تَضْيِيعِ مالِه ، ويَتَحَلَّلُ بالصِّيامِ ، كالمُعْسِرِ ؛ لأنَّه مَمْنُوعٌ مِن التَّصَرُّفِ في مالِه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكَ وَلِيُّه تَحْلِيلَه ، بِناءً على العَبْدِ إذا أحْرَمَ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه . وإن لَزِمَتْه كَفَّارَةُ يَمِينٍ ، أو ظِهارٍ ، أو قَتْلٍ ، أو وَطْءٍ في نهارِ رَمَضانَ ، كَفَّرَ بالصِّيامِ ؛ لِما ذَكَرْنا . وإن أعْتَقَ أو أطْعَمَ ، لم يُجْزِئْه ؛ لأنَّه مَمْنُوعٌ مِن مالِه ، أشْبَهَ المُفْلِسَ . وبهذا قال الشافعيُّ . ويَتَخَرَّجُ أن يُجزِئَه العِتْقُ ،

الإنصاف

« التَّبْصِرَةِ » ، على ما تقدَّم في كتابِ البَيْعِ . قال في « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » : يصِحُّ عِتْقُه المُنْجَزُ ، في أصحِّ الرِّوايتَيْن . وتقدَّم ، هل يصِحُّ بَيْعُه إذا أذِنَ له الوَلِيُّ ؟ في كتابِ البَيْعِ .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل ، م .

المقنع

وَإِنْ أَقَرَّ بِحَدٍّ ، أَوْ قِصَاصٍ ، أَوْ نَسَبٍ ، أَوْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ ، أُخِذَ بِهِ .

الشرح الكبير

بِناءً على قَوْلِنا بصِحَّةِ عِتْقِه . وإن نَذَر عِبادَةً بدَنِيَّةً ، لَزِمَه فِعْلُها ؛ لأنَّه غيرُ مَحْجُورٍ عليه فى بَدَنِه[1] ، وإن نَذَر الصَّدَقَةَ بمالٍ ، لم يَصِحَّ منه ، وكَفَّرَ بالصِّيامِ . فإن فُكَّ الحَجْرُ عنه قبلَ تَكْفِيرِه فى هذه المواضِعِ ، لَزِمَه العِتْقُ ، إن قَدَر عليه . ومُقْتَضَى قولِ أصْحابِنا أنَّه يَلْزَمُه الوَفاءُ بنَذْرِه ، بناءً على قَوْلِهم فى مَن أقَرَّ قبلَ فَكِّ الحَجْرِ عنه ثم فُكَّ[2] عنه ، أنه يَلْزَمُه أداؤُه ، وإن فُكَّ بعدَ تَكْفِيرِه ، لم يَلْزَمْه شئٌ ، كما لو كَفَّرَ عن يَمِينِه بالصيامِ ثم فُكَّ الحَجْرُ عنه .

١٩٦٣ – مسألة : (وإن أقَرَّ بحَدٍّ ، أو قِصَاصٍ ، أو نَسَبٍ ، أو طَلَّقَ زَوْجَتَه ، أُخِذ به) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ المَحْجُورَ عليه لسَفَهٍ أو فَلَسٍ ، إذا أقَرَّ بما يُوجِبُ حَدًّا أو قِصاصًا ؛ كالزِّنَى ، والسَّرِقَةِ ، والقَذْفِ ، والقَتْلِ ، والشُّرْبِ ، أو قَطْعِ اليَدِ ، وما أشْبَهَهما ، فإنَّه يَصِحُّ إقْرارُه ، ويَلْزَمُه حُكْمُ ذلك فى الحالِ ، بغيرِ خِلافٍ عَلِمْناه . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ مَن نَحْفَظُ عنه مِن أهلِ العِلْمِ ، على أنَّ إقْرارَ المَحْجُورِ عليه

الإنصاف

قوله : [٢/١٤٤و] وإنْ أَقَرَّ بحَدٍّ أو قِصاصٍ ، صَحَّ ، وأُخِذَ به . إذا أقَرَّ بحَدٍّ ، اسْتُوْفِىَ منه ، بلا نِزاعٍ . وإنْ أقَرَّ بقِصاصٍ ، وطلَب إقامَتَه ، كان لرَبِّه اسْتِيفاءُ ذلك ، بلا نِزاعٍ . لكِنْ لو عفَا على مالٍ ، احْتَمَلَ أنْ يجِبَ ، واحْتَمَلَ أنْ لا يَجِبَ ، لِئَلَّا يُتَّخَذَ ذلك وَسِيلَةً إلى الإقْرارِ بالمالِ ، وقاعِدَةُ المذهبِ ، سَدُّ الذَّرائعِ . وهو الصَّوابُ . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ،

---

(١) فى الأصل : « يده » .

(٢) بعده فى م : « الحجر » .

الشرح الكبير [٤/١٢٦و] على نَفْسِه جائِزٌ ، إذا كان إقْرارُه بزِنًى ، أو سَرِقَةٍ ، أو شُرْبِ خَمْرٍ ، أو قَذْفٍ ، أو قَتْلٍ ، وأنَّ الحُدُودَ تُقامُ عليه . وهذا قولُ الشافعىِّ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ، ولا أحْفَظُ عن غيرِهم (١)خِلافًا لهم(١) . وذلك لأنَّه غيرُ مُتَّهَمٍ فى حَقِّ نَفْسِه ، والحَجْرُ إنَّما تَعَلَّقَ بمالِه ، فقُبِلَ إقْرارُه على نَفْسِه بِما لا يَتعلَّقُ بالمالِ . وإن طَلَّقَ زَوْجَتَه نَفَذَ طَلاقُه ، فى قولِ الأكْثَرِين . وقال ابنُ أبى لَيْلَى : لا يَقَعُ ؛ لأنَّ البُضْعَ يَجْرِى مَجْرَى المالِ ، بدَلِيلِ أنَّه يَمْلِكُه بمالٍ ، ويَصِحُّ أن يَزُولَ مِلْكُه عنه بمالٍ ، فلم يَمْلِكِ التَّصَرُّفَ فيه ، كالمالِ . ولَنا ، أنَّ الطَّلاقَ ليس بتَصَرُّفٍ فى المالِ ، ولا يَجْرِى مَجْراه ، فلا يُمْنَعُ منه ، كالإِقْرارِ منه بالحَدِّ والقِصاصِ . ودَلِيلُ أنَّه لا يَجْرِى مَجْرَى المالِ ، أنَّه يَصِحُّ مِن العَبْدِ بغَيْرِ إذْنِ سَيِّدِه مع مَنْعِه مِن التَّصَرُّفِ فى المالِ ، ولأنَّه مُكَلَّفٌ طَلَّقَ امْرَأَتَه مُخْتارًا ، فوَقَعَ طَلاقُه ، كالعَبْدِ والمكاتَبِ .

فصل : وإن أقَرَّ بما يُوجِبُ القِصاصَ ، فعَفَا المُقَرُّ له على مالٍ ، احْتَمَلَ أن يَجِبَ المالُ ؛ لأنَّه عَفْوٌ عن قِصاصٍ ثابتٍ ، فصَحَّ ، كما لو ثَبَتَ بالبَيِّنَةِ . واحْتَمَلَ أن لا يَصِحَّ ؛ لئَلَّا يُتَّخَذَ ذلك وَسِيلَةً إلى الإِقْرارِ بالمالِ ، بأن يَتَواطَأَ

الإنصاف و « الفُروعِ » .

فائدة : لا يُفَرِّقُ السَّفِيهُ زَكاةَ مالِه بنَفْسِه ، ولا تصِحُّ شَرِكَتُه ، ولا حَوالَتُه ، ولا الحَوالَةُ عليه ، ولا ضَمانُه ، ولا كَفالَتُه . ويصِحُّ منه نَذْرُ كلِّ عِبادَةٍ بدَنِيَّةٍ ؛ مِن حَجٍّ وغيرِه ، ولا يصِحُّ منه نَذْرُ عِبادَةٍ مالِيَّةٍ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل :

(١ - ١) فى م : « خلافهم » .

المقنع

وَإِنْ أَقَرَّ بِمَالٍ ، لَمْ يَلْزَمْهُ فِى حَالِ حَجْرِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَلَّا يَلْزَمَهُ مُطْلَقًا .

الشرح الكبير

المَحْجُورُ عليه والمُقَرُّ له على الإقْرارِ بالقِصاصِ ، والعَفْوِ عنه إلى مالٍ ، ولأنَّه وُجُوبُ مالٍ مُسْتَنَدُه إقْرارُه ، فلم يَثْبُتْ ، كالإقْرارِ به ابْتِداءً . فعلى هذا القولِ ، يَسْقُطُ القِصاصُ ، ولا يَجِبُ المالُ فى[1] الحالِ .

فصل : وإن أقَرَّ بنَسَبِ وَلَدٍ ، قُبِلَ منه ؛ لأنَّه ليس بإقْرارٍ بمالٍ ، ولا تَصَرُّفٍ فيه ، فقُبِلَ ، كإقْرارِه بالحَدِّ والطَّلاقِ . وإذا ثَبَت النَّسَبُ ، لَزِمَتْه أحْكامُه مِن النَّفَقَةِ وغيرِها ؛ لأنَّ ذلك حَصَل ضِمْنًا لِما صَحَّ منه ، فأشْبَهَ نَفَقَةَ الزَّوْجَةِ .

١٩٦٤ – مسألة ؛ قال : (وإن أقَرَّ بمالٍ ، لم يَلْزَمْه فى حالِ حَجْرِه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَلْزَمَه مُطْلَقًا) إذا أقَرَّ السَّفِيهُ بمالٍ ، كالدَّيْنِ ، أو ما يُوجِبُه ؛

الإنصاف

يصِحُّ نَذْرُها ، وتُفْعَلُ بعدَ فَكِّ حَجْرِه . قال فى « الكافِى » : قِياسُ قَوْلِ أصحابِنا ، يَلْزَمُه الوَفاءُ به عندَ فَكِّ حَجْرِه ، كالإقْرارِ . وتقدَّم فى أوائلِ كتابِ الحَجِّ ، إذا أحْرَمَ السَّفِيهُ نَفْلًا .

قوله : وإنْ أقَرَّ بمالٍ ، لم يَلْزَمْه فى حالِ حَجْرِه . يعْنِى ، يصِحُّ إقْرارُه ، ولا يَلْزَمُه فى حالِ حَجْرِه . وهذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . قال فى « الفُروعِ » : والأصحُّ صِحَّةُ إقْرارِه بمالٍ ، لَزِمَه باخْتِيارِه ، أوْ لا . قال فى « الوَجيزِ » : وإنْ أقَرَّ بدَيْنٍ ، أو بما يُوجِبُ مالًا ، لَزِمَه بعدَ حَجْرِه ، إنْ عَلِمَ

---

(١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

كجنايةِ الخطأ وشِبْهِ العَمْدِ ، وإتْلافِ المالِ ، وغَصْبِه ، وسَرِقَتِه ، لم يُقْبَلْ إقْرارُه به ؛ لأنَّه مَحْجُورٌ عليه لحَظِّه ، فأشْبَهَ الصَّبِيَّ والمَجْنُونَ . ولأنّا لو قَبِلْنا إقْرارَه فى مالِه لزالَتْ فائِدَةُ الحَجْرِ ؛ لأنَّه يَتَصَرَّفُ فى مالِه ، ثمّ يُقِرُّ به ، فيَأْخُذُه المُقَرُّ له . ولأنَّه أقَرَّ بما هو مَمْنُوعٌ مِن التَّصَرُّفِ فيه ، فلم يَنْفُذْ ، كإقْرارِ الرّاهِنِ على الرَّهْنِ ، والمُفْلِسِ على المالِ . وظاهِرُ قولِ الأصْحابِ ، أنّه يَلْزَمُه ما أقَرَّ به بعدَ فَكِّ الحَجْرِ عنه . وهو قولُ أبى ثَوْرٍ ، واخْتِيارُ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّه مُكَلَّفٌ أَقَرَّ بما لا[1] يَلْزَمُه فى الحالِ ، فلَزِمَه بعد فَكِّ الحَجْرِ عنه ، كالعَبْدِ يُقِرُّ بالدَّيْنِ ، وكإقْرارِ الرّاهِنِ على الرَّهْنِ ، وكإقْرارِ المُفْلِسِ . ويَحْتَمِلُ [٤/١٢٦ظ] أن لا يَصِحَّ إقْرارُه ، ولا يُؤْخَذَ به[2] فى الحُكْمِ بحالٍ . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه مَحْجُورٌ عليه لعَدَمِ رُشْدِه ، فلم يَلْزَمْه حُكْمُ إقْرارِه بعدَ فَكِّ الحَجْرِ عنه ، كالصَّبِىِّ والمَجْنُونِ . ولأنَّ[3] المَنْعَ مِن نُفُوذِ[4] إقْرارِه فى الحالِ ، إنَّما ثَبَت لحِفْظِ مالِه عليه ،

الإنصاف

اسْتِحْقاقُه فى ذِمَّتِه حالَ حَجْرِه . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الرِّعايةِ » ، وغيرِهم .

قوله : ويَحْتَمِلُ أَنْ لا يَلْزَمَه مُطْلَقًا . وإليه مَيْلُ الشَّارِحِ . واخْتارَه المُصَنِّفُ . فعلى هذا ، لا يصِحُّ إقْرارُه بمالٍ . وتقدَّم بعضُ أحْكامِ السَّفِيهِ ، فى أوائِلِ كتابِ البَيْعِ .

---

(١) سقط من : م .
(٢) سقط من : الأصل .
(٣) فى م : « لا » .
(٤) سقط من : الأصل .

المقنع

وَحُكْمُ تَصَرُّفِ وَلِيِّهِ حُكْمُ تَصَرُّفِ وَلِيِّ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ .

الشرح الكبير

ودَفْعِ الضَّرَرِ عنه ، فلو نَفَذ بعدَ فَكِّ الحَجْرِ عنه ، لم يُفِدْ إلَّا تأْخِيرَ الضَّرَرِ عليه إلى أكْمَلِ حالَتَيْه . وفارَقَ المَحْجُورَ عليه لحَقِّ غَيْرِه ، فإنَّ المانِعَ تعَلُّقُ حَقِّ الغُرَماءِ بمالِه ، فيَزُولُ المانِعُ بزَوالِ الحَقِّ عن مالِه ، فيَثْبُتُ مُقْتَضَى إقْرارِه . وفى مَسْألَتِنا انْتَفَى الحُكْمُ لخَلَلٍ فى الإِقْرارِ ، فلم يَثْبُتْ كَوْنه سَبَبًا ، وبزَوالِ الحَجْرِ لم يَكْمُلِ السَّبَبُ ، فلا يَثْبُتُ الحُكْمُ مع اخْتِلالِ السَّبَبِ ، كما (١ لم يَثْبُتْ قبلَ١) فَكِّ الحَجْرِ . ولأنَّ الحَجْرَ لحَقِّ الغَيْرِ لم يَمْنَعْ تَصَرُّفَهم فى ذِمَمِهم ، فأمْكَنَ تَصْحِيحُ إقْرارِهم فى ذِمَمِهم على وَجْهٍ لا يَضُرُّ بغيرِهم ، والحَجْرُ هٰهُنا لحَظِّ نَفْسِه مِن أجلِ ضَعْفِ عَقْلِه(٢) وسُوءِ تَصَرُّفِه ، ولا يَنْدَفِعُ الضَّرَرُ إلَّا بإبْطالِ إقْرارِه بالكُلِّيَّةِ ، كالصَّبِيِّ والمَجْنُونِ . فأمّا صِحَّتُه فيما بينَه وبينَ اللهِ تعالى ، فإن عَلِم صِحَّةَ ما أقَرَّ به ، كدَيْنٍ لَزِمَه مِن جِنايَةٍ ، أو دَيْنٍ لَزِمَه قبلَ الحَجْرِ عليه ، فعليه أداؤُه ؛ لأنَّه عَلِم أنَّ عليه حَقًّا ، فلَزِمَه أداؤُه ، كما لو لم يُقِرَّ به . وإن عَلِم فَسادَ إقْرارِه ، مثلَ أن عَلِم أنَّه أقَرَّ بدَيْنٍ ولا دَيْنَ عليه ، أو بِجِنايَةٍ لم تُوجَدْ منه ، أو أقَرَّ بما لا يَلْزَمُه ، مثلَ أن أتْلَفَ مالَ مَن دَفَعَه إليه بقَرْضٍ أو بَيْعٍ ، لم يَلْزَمْه أداؤُه ؛ لأنَّه يَعْلَمُ أنَّه لا دَيْنَ عليه ، فلم يَلْزَمْه ، كما لو لم يُقِرَّ به .

١٩٦٥ - مسألة : (وحُكْمُ تَصَرُّفِ وَلِيِّه حُكْمُ تَصَرُّفِ وَلِيِّ الصَّبِيِّ والمَجْنُونِ) على ما ذَكَرْنَا مِن قبلُ ؛ لأنَّهُ مَحْجُورٌ عليه لحَظِّه ، فهو كالصَّبِيِّ والمَجْنُونِ .

الإنصاف

....

(١ - ١) فى م : « لا يثبت بعد » .

(٢) فى م : « قلبه » .

المقنع

فَصْلٌ : وَلِلْوَلِيِّ أَنْ يَأْكُلَ مِنْ مَالِ الْمُوَلَّى عَلَيْهِ بِقَدْرِ عَمَلِهِ إِذَا احْتَاجَ إِلَيْهِ .

الشرح الكبير

١٩٦٦ – مسألة ؛ قال الشَّيْخُ ، رَحِمَه اللهُ : (وللوَلِيِّ أن يَأْكُلَ مِن مالِ المُوَلَّى عليه بقَدْرِ عَمَلِه إذا احْتاجَ إليه) وإن كان غَنِيًّا لم يَجُزْ له ذلك إذا لم يكنْ أبًا ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾[1] . وإذا كان فَقِيرًا ، فله أقَلُّ الأمْرَيْنِ ؛ مِن أُجْرَتِه أو قَدْرِ كِفايَتِه ؛ لأنَّه يَسْتَحِقُّه بالعَمَلِ والحاجَةِ جَمِيعًا ، فلم يَجُزْ أن يَأْخُذَ إلَّا ما وُجِدا فيه . وقال ابنُ عَقِيلٍ : يَأْكُلُ وإن كان غنِيًّا ، قِياسًا على العَمَلِ فى الزكاةِ ، والآيَةُ مَحْمُولَةٌ على الاسْتِحْبابِ . والأوَّلُ أوْلَى ؛ لظاهِرِ الآيَةِ .

الإنصاف

تنبيه : ظاهرُ قوْلِه : وللوَلِيِّ أنْ يَأْكُلَ مِن مالِ المُوَلَّى عليه . ولو لم يُقَدِّرْه الحاكِمُ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ بشَرْطِه الآتِى . وقال فى « الإيضاحِ » : يأْكُلُ إذا قَدَّرَه الحاكِمُ ، وإلَّا فلا .

تنبيه آخرُ : فظاهِرُ قوْلِه : يَأْكُلُ بقَدْرِ عَمَلِه . جوازُ أكْلِه بقَدْرِ عمَلِه ، ولو كان فوقَ كِفايَتِه . وعلى ذلك شرَح ابنُ مُنَجَّى . وهو ظاهِرُ كلامِه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، أنَّه لا يَأْكُلُ إلَّا الأقَلَّ مِن أُجْرَةِ مِثْلِه ، أو قَدْرِ كِفايَتِه . جزَم به فى « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرُهم مِنَ الأصحابِ . قلتُ : ويُمْكِنُ أنْ يُقالَ : هذا الظَّاهِرُ مَرْدودٌ بقَوْلِه : إذا احْتاجَ إليه .

---

(١) سورة النساء ٦ .

المقنع

وَهَلْ يَلْزَمُهُ عِوَضُ ذَلِكَ إِذَا أَيْسَرَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

١٩٦٧ – مسألة : (وهل يَلْزَمُه عِوَضُ ذلك إذا أيْسَرَ ؟ على رِوايَتَيْن) أمّا إذا كان أبًا ، فلا يَلْزَمُه ، رِوايَةً واحِدَةً ؛ لأنَّ للأبِ أن يَأْخُذَ

الإنصاف

لأنَّه إذا أخَذ قَدْرَ عَمَلِه ، وكان أكْثرَ مِن كِفايَتِه ، لم يَكُنْ مُحْتاجًا إلى الفاضِلِ عن كِفايَتِهِ ، فلم يَجُزْ له أخْذُه . وهو واضِحٌ . أو يُقالَ : هل الاعْتِبارُ بحالَةِ الأخْذِ ؟ ويَحْتَمِلُه كلامُ المُصَنِّفِ ، أو حيث اسْتَغْنَى ، امْتَنَعَ الأخْذُ ؟

قوله : إذا احْتاجَ إليه . الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه لا يأْكُلُ مِن مالِ المُوَلَّى عليه إلَّا مع فَقْرِه وحاجَتِه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . قال في « الوَجيزِ » : ويأْكُلُ الفَقِيرُ مِن مالِ مُوَلِّيه ، الأقَلَّ مِن كِفايَتِه أو أُجْرَتِه مجَّانًا ، إنْ شغَلَه عن كَسْبِ ما يقُومُ بكِفايَتِه . وكذا قال غيرُه مِنَ الأصحابِ . وقال ابنُ عَقِيلٍ : يأْكُلُ وإنْ كان غَنِيًّا ، قِياسًا على العامِلِ فى الزَّكاةِ . وقال : الآيَةُ مَحْمولَةٌ على الاسْتِحْبابِ . وحكَاه رِوايَةً عن أحمدَ . قال ابنُ رَزِينٍ : يأْكُلُ فَقِيرٌ ، ومَن يَمنَعُه مِن مَعاشِه ، بالمَعْروفِ .

تنبيه : محَلُّ ذلك فى غيرِ الأبِ ، فأمَّا الأبُ ، فيجوزُ له الأكْلُ مع الحاجَةِ وعدَمِها فى الحُكْمِ ، ولا يَلْزَمُه عِوَضُه ، على ما يأْتِى فى بابِ الهِبَةِ . قال القاضِى : ليس له الأكْلُ لأجْلِ عَمَلِه ، لغِناه عنه بالنَّفَقَةِ الواجِبَةِ فى مالِه ، ولكِنْ له الأكْلُ بجِهَةِ التَّمَلُّكِ عندَنا . وضعَّفَ ذلك الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . ومحَلُّ الخِلافِ أيضًا ، إذا لم يَفْرِضْ له الحاكِمُ ، فإنْ فرَض له الحاكِمُ شيئًا ، جازَ له أخْذُه مجَّانًا مع غِناه ، بغيرِ خِلافٍ . قالَه فى « القاعِدَةِ الحادِيةِ والسَّبْعِين » ، وقال : هذا ظاهِرُ كلامِ القاضى . ونصَّ عليه أحمدُ فى رِوايَةِ البُرْزاطِيِّ فى الأُمِّ الحاضِنَةِ .

قوله : وهل يَلْزَمُه عِوَضُ ذلك إذا أيْسَرَ ؟ على رِوايَتَيْن . وأطْلَقهما فى

المقنع

وَكَذَلِكَ يُخَرَّجُ فِي النَّاظِرِ فِي الْوَقْفِ .

الشرح الكبير

مِن مالِ وَلَدِه ما شاء مع الحاجَةِ وعَدَمِها . وإن كان غيرَ الأب ، لم يَلْزَمْهُ عِوَضُ ذلك فى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . وهذا قولُ الحَسَنِ ، والنَّخَعِىِّ ، وأحَدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى أمَرَ بالأكْلِ مِن غيرِ ذِكْرِ عِوَضٍ [٤/١٢٧و] فأشْبَهَ سائِرَ ما أمَرَ بأكْلِه ، ولأنَّه عِوَضٌ عن عَمَلِه ، فلم يَلْزَمْه بَدَلُه ، كالأجِيرِ والمُضارِبِ . والثانيةُ ، يَلْزَمُه عِوَضُه . وهو قولُ عَبِيدَةَ السَّلْمانِىِّ ، وعَطاءٍ ، ومُجاهِدٍ ، وسعيدِ بن جُبَيْرٍ ، وأبى العالِيَةِ ؛ لأنَّه اسْتَبَاحَةٌ بالحاجَةِ مِن مالِ غيرِه ، فلَزِمَه قَضاؤُه ، كالمُضْطَرِّ إلى طَعامِ غيرِه . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّه لو وَجَب عليه إذا أيْسَرَ ، لكان واجبًا فى الذِّمَّةِ قبلَ اليَسارِ ، فإنَّ اليَسارَ ليس سَبَبًا للوُجُوبِ ، فإذا لم يَجِبْ بالسَّبَبِ الذى هو الأكْلُ ، لم يَجِبْ بعدَه . وفارَقَ المُضْطَرَّ ؛ فإنَّ العِوَضَ واجِبٌ عليه فى ذِمَّتِه ، ولأنَّه لم يَأْكُلْه عِوَضًا عن شىءٍ ، وهذا بخِلافِه .

١٩٦٨ – مسألة : (وكذلك يُخَرَّجُ فى النّاظِرِ فى الوَقْفِ) قِياسًا

الإنصاف

« الهِدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفائقِ » ، و « القواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » ؛ إحْداهما ، لا يَلْزَمُه عِوَضُه إذا أيْسَرَ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : ولا يَلْزَمُه عِوَضُه بيَسارِه ، على الأصحِّ . وصحَّحه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « التَّصْحيحِ » . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، يَلْزَمُه عِوَضُه إذا أيْسَرَ . قال فى « الخُلاصَةِ » : ويَلْزَمُه عِوَضُه إذا أيْسَرَ ، على الأصحِّ .

قوله : وكذلك يُخَرَّجُ فى النَّاظِرِ فى الوَقْفِ . خرَّجه أبو الخَطَّابِ وغيرُه .

الشرح الكبير

عليه .

الإنصاف

والمَنْصوصُ عنِ الإمامِ أحمدَ ، فى رِوايَةِ أبِى الحارثِ [٢/ ١٤٤ظ] ، وحَرْبٍ ، جَوازُ الأَكْلِ منه بالمَعْروفِ . قالَه فى « الفُروعِ » ، وغيرِه . قال فى « الفائقِ » ، بعدَ ذِكْرِ التَّخْريجِ : قلتُ : وإلْحاقُه بعامِلِ الزَّكاةِ فى الأَكْلِ مع الغِنَى ، أَوْلَى . كيف وقد نصَّ أحمدُ على أكْلِه منه بالمَعْروفِ ، ولم يَشْتَرِطْ فَقْرًا ؟ ذكَرَه الخَلَّالُ فى الوَقْفِ . قال فى رِوايَةِ أبِى الحارثِ : وإنْ أكَلَ منه بالمَعْروفِ ، فلا بَأْسَ . قلتُ : فيَقْضِى دَيْنَه ؟ قال : ما سَمِعْتُ فيه شيئًا . انتهى . وعنه ، يأْكُلُ إذا اشْتَرَطَ . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : لا يُقَدَّمُ بمَعْلُومِه بلا شَرْطٍ ، إلَّا أنْ يأْخُذَ أُجْرَةَ عَمَلِه مع فَقْرِه ، كوَصِىِّ اليَتيمِ . وفرَّق القاضى بينَ الوَصِىِّ والوَكِيلِ ؛ (1)بأنَّه لا يُمْكِنُه(1) مُوافقَتُه على الأُجْرَةِ ، والوَكِيلُ يُمْكِنُه . ونقَل حَنْبَلٌ ، فى الوَلِىِّ والوَصِىِّ يقُومان بأمْرِه ، يأْكُلان بالمَعْروفِ ؛ لأنَّهما كالأجيرِ والوَكِيلِ . قال : وظاهِرُ هذا ، النَّفَقَةُ للوَكِيلِ .

فوائد ؛ إحْداها ، الحاكِمُ أو أمِينُه إذا نظَر فى مالِ اليَتيمِ ، فقال القاضى مَرَّةً : لا يأْكُلُ ، وإنْ أكَلَ الوَصِىُّ . وفرَّقَ بينَهما وبينَ الوَصِىِّ . وقال مَرَّةً : له الأَكْلُ ، كوَصِىِّ الأبِ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وهو داخِلٌ فى عُمومِ كلامِ المُصَنِّفِ وغيرِه . الثَّانيةُ ، الوَكِيلُ فى الصَّدقَةِ لا يأْكُلُ منها شيئًا لأجْلِ العَمَلِ . نصَّ عليه . وقد صرَّح القاضى فى « المُجَرَّدِ » بأنَّ مَن أُوصِىَ إليه بتَفرِقَةِ مالٍ على المَساكِينِ ، أو دفَع إليه رَجُلٌ فى حَياتِه مالًا ؛ ليُفَرِّقَه صدَقَةً ، لم يَجُزْ أنْ يأْكُلَ منه شيئًا بحَقِّ قِيامِه ؛ لأنَّه مَنْفَعَةٌ ، وليس بعامِلٍ مُنَمٍّ مُنْجِزٍ .

(١ - ١) فى النسخ : « لأنه يمكنه » . انظر الفروع ٤/ ٣٢٥ .

المقنع وَمَتى زَالَ الْحجْرُ ، فَادَّعَى عَلَى الْوَلِيِّ تعَدِّيًا ، أَوْ مَا يُوجِبُ ضَمَانًا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَلِيِّ .

الشرح الكبير **١٩٦٩** – مسألة : (ومتى زال الحَجْرُ ، فادَّعَى على الوَلِىِّ تَعَدِّيًا ، أو ما يُوجِبُ ضَمانًا ، فالقولُ قولُ الوَلِىِّ) إذا ادَّعَى الوَلِىُّ الإِنْفاقَ على الصَّبِىِّ والمَجْنُونِ ، أو على مالِه أو عقارِه بالمَعْرُوفِ مِن مالِه ، أو ادَّعَى أنَّه باع عَقارَه لحظِّهِ ، أو بَناه لمَصْلَحَتِه ، أو أنَّه تَلِف ، قُبِل قَوْلُه . وقال أصْحابُ الشافعىِّ : لا يُمْضِى الحاكِمُ بَيْعَ الأمِينِ والوَصِىِّ حتى يَثْبُتَ عندَه الحَظُّ ببَيِّنَةٍ ، ولا يُقْبَلُ قَوْلُهما فى ذلك ، ويُقْبَلُ قولُ الأبِ والجَدِّ . ولَنا ، أنَّ مَن جاز له بَيْعُ العَقارِ وشراؤُه لليَتِيمِ ، يَجِبُ أن يُقْبَلَ قَوْلُه فى الحَظِّ ، كالأبِ والجَدِّ . ولأنَّه يُقْبَلُ قَوْلُه فى عَدَمِ التَّفْرِيطِ فيما تَصرَّفَ فيه مِن غيرِ العَقارِ ، فيُقْبَلُ قَوْلُه فى العَقارِ ، كالأبِ . وإذا بَلَغ الصَّبِىُّ فادَّعَى أنَّه لا حَظَّ له فى البَيْعِ ، لم يُقْبَلْ إلَّا ببَيِّنَةٍ ، فإن لم تكُنْ بَيِّنَةٌ ، فالقولُ قولُ الوَلِىِّ مع يَمِينِه . وإن قال الوَلِىُّ : أنْفَقْتُ عليك منذُ ثَلاثِ سِنِين . وقال الغُلامُ : إنَّما مات أبِى منذُ سَنَتَيْن . فقال القاضى : القولُ قولُ الغُلامِ ؛ لأنَّ الأصْلَ حَياةُ والِدِه ، واخْتِلافُهما فى أمْرٍ ليس الوَصِىُّ أمِينًا فيه ، فقُدِّمَ قولُ مَن يُوافِقُ قَوْلُه الأصْلَ .

الإنصاف قوله : ومتى زالَ الحَجْرُ ، فادَّعَى على الوَلِىِّ تَعَدِّيًا ، أو ما يُوجِبُ ضَمانًا ، فالقَوْلُ قَوْلُ الوَلِىِّ . بلا نِزاعٍ . جزَم به الأصحابُ ؛ منهم صاحِبُ « الفُروعِ » ، وقال : ما لم تُخالِفْه عادةٌ وعُرْفٌ ، ويَحْلِفُ غيرُ الحاكمِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : ويَحْلِفُ غيرُ الحاكمِ ، على الأصحِّ . قال فى « الرِّعايةِ » :

المقنع

وَكَذَلِكَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ فِى دَفْعِ الْمَالِ إِلَيْهِ بَعْدَ رُشْدِهِ .

الشرح الكبير

١٩٧٠ – مسألة : (وكذلك القولُ قَوْلُه فى دَفْعِ المالِ إليه بعدَ رُشْدِه) لأنَّه أمينٌ ، فأشْبَهَ المُودَعَ . ويَحْتَمِلُ أنَّ القولَ قولُ الصَّبِىِّ ، لأنَّ الأصْلَ معه ، ولأنَّ اللهَ سبحانه قال : ﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ فَأَشْهِدُوا۟ عَلَيْهِمْ ﴾[1] . فمَن تَرَكَ الإِشْهادَ ، فقد فَرَّطَ ، فلَزِمَه الضَّمانُ . والأوَّلُ المَذْهَبُ . وكذلك الحُكْمُ فى المَجْنُونِ والسَّفِيهِ .

الإنصاف

وغيرُ الحاكمِ يَحْلِفُ ، على المذهبِ إنِ اتُّهِمَ . وعنه ، يُقْبَلُ قوْلُه مِن غيرِ يَمِينٍ .

قوله : وكذلك القَوْلُ قَوْلُه فى دَفْعِ المالِ إليه بعدَ رُشْدِه . وهو المذهبُ . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الهِدايَةِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . قال فى « القَواعِدِ » وغيرِه : هذا المذهبُ . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يُقْبَلَ قوْلُه إلَّا ببَيِّنَةٍ . قلتُ : وهو قوِىٌّ . قال فى « القاعِدَةِ الرَّابعَةِ والأرْبَعِين » : وخرَّج طائفةٌ مِنَ الأصحابِ ، فى وَصِىِّ اليَتيمِ ، أنَّه لا يُقْبَلُ قَوْلُه فى الرَّدِّ بدُونِ بَيِّنَةٍ . وعَزاه القاضى فى « خِلافِه » إلى قَوْلِ الخِرَقِىِّ . وهو مُتَوَجِّهٌ على هذا المَأْخَذِ ؛ لأنَّ الإِشْهادَ بالدَّفْعِ مأْمُورٌ به بنَصِّ القُرْآنِ . وقد صرَّح أبو الخَطَّابِ فى « انْتِصارِه » باشْتِراطِ الشَّهادَةِ عليه ، كالنِّكاحِ . انتهى .

تنبيه : محَلُّ هذا ، إنْ كان مُتَبَرِّعًا . فأمَّا إنْ كان بجُعْلٍ ، فلا يُقْبَلُ قَوْلُه إلَّا ببَيِّنَةٍ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . ذكَرَه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم ، فى الرَّهْنِ . وقيل : يُقْبَلُ مُطْلَقًا . وهو ظاهِرُ كلامِ

(١) سورة النساء ٦ .

المقنع وَهَلْ لِلزَّوْجِ أَنْ يَحْجُرَ عَلَى امْرَأَتِهِ فِى التَّبَرُّعِ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ مِنْ مَالِهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير **١٩٧١** – مسألة : (وهل للزَّوْجِ أن يَحْجُرَ على امْرَأتِه فى التَّبَرُّعِ بما زاد على الثُّلُثِ مِن مالِها ؟ على رِوايَتَيْن) إحْداهما ، ليس له الحَجْرُ عليها . وهو قولُ أبى حَنِيفَةَ ، والشافعىِّ ، [١٢٧/٤ظ] وابنِ المُنْذِرِ . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . والثانية ، ليس لها أن تَتَصَرَّفَ فى مالِها بزِيادَةٍ على الثُّلُثِ

الإنصاف المُصَنِّفِ وجماعَةٍ .

فائدة : يُقْبَلُ قَوْلُ الأبِ ، والوَصِىِّ ، والحاكمِ ، وأمِينِه ، وحاضِنِ الطِّفْلِ ، وقَيِّمِه ، حالَ الحَجْرِ وبعدَه ، فى النَّفَقَةِ وقَدْرِها وجَوازِها ، ووُجودِ الضَّرُورَةِ والغِبْطَةِ ، والمَصْلَحَةِ فى البَيْعِ ، والتَّلَفِ . ويَحْتَمِلُ أنْ (١لا يُقْبَلَ قَوْلُه إلَّا فى الأحْظِيَةِ١) فى البَيْعِ ، إلَّا بِبَيِّنَةٍ ، فلو قال : ماتَ أبى مِن سنَةٍ . أو قال : أنْفَقْتَ علىَّ مِن سنَةٍ . فقال الوَصِىُّ : بل مِن سنَتَيْن . قُدِّمَ قَوْلُ الصَّبِىِّ .

قوله : وهل للزَّوْجِ أنْ يَحْجُرَ على امْرَأتِه فى التَّبَرُّعِ بما زادَ على الثُّلُثِ مِن مالِها ؟ على رِوايَتَيْن . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ؛ إحْداهما ، ليس له مَنْعُها مِن ذلك . وهو المذهبُ . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « الفائـقِ » ، و « النَّظْمِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، « ونِهايَةِ ابنِ رَزِينٍ » ، و « نَظْمِها » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، ذكَرَه فى آخِرِ بابِ الهِبَةِ . قال فى « تَجْريدِ العِنايَةِ » : وتتصَدَّقُ مِن مالِها بما شاءَتْ ، على الأظْهَرِ . والرِّوايةُ

(١ - ١) فى الأصل ، ط : « لا يقبل قوله فى الأحظية » .

الشرح الكبير

بغيرِ عِوَضٍ ، إلَّا بإذْنِ زَوْجِها . وبه قال مالِكٌ . وحُكِيَ عنه فى امرأةٍ حَلَفَتْ بعِتْقِ جارِيَةٍ لها[1] ليس لها غيرُها ، فحنِثَتْ ، ولها زَوْجٌ ، فرَدَّ ذلك عليها زَوْجُها ، قال : له أن يَرُدَّ عليها ، وليس لها عِتْقٌ ؛ لِما رُوِىَ أنَّ امرأةَ كَعْبِ بنِ مالِكٍ أتَتِ النبىَّ ﷺ بحُلِىٍّ لها ، فقال لها النبىُّ ﷺ : « لَا يَجُوزُ للمَرْأَةِ عَطِيَّةٌ حَتَّى يَأْذَنَ زَوْجُهَا ، فَهَلِ اسْتَأْذَنْتِ كَعْبًا ؟ » . فقالت : نعم . فبَعَثَ رسولُ اللهِ ﷺ إلى كَعْبٍ فقال : « هَلْ أَذِنْتَ لَهَا أَنْ تَتَصَدَّقَ بِحُلِيِّها ؟ » . فقال : نعم . فقَبِلَه . رَواه ابنُ ماجه[2] . ورَوَى أيضًا عن عمرِو بنِ شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال فى خُطْبَةٍ خطَبَها : « لَا يَجوزُ لِامْرَأَةٍ عَطِيَّةٌ فِى مَالِهَا إلَّا بإذْنِ زَوْجِهَا ، إذْ هُوَ مَالِكُ عِصْمَتِهَا »[3] . رَواه أبو داودَ ، ولَفْظُه عن عبدِ اللهِ بنِ عمرٍو ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « لا يَجُوزُ لامْرَأةٍ عَطِيَّةٌ إلَّا بإذْنِ زَوْجِها » . ولأنَّ حقَّ الزَّوجِ مُتَعَلِّقٌ بمالِها ، فإنَّ النبىَّ ﷺ قال : « تُنْكَحُ

الإنصاف

الثَّانيةُ ، له مَنْعُها مِنَ الزِّيادَةِ على الثُّلُثِ ، فلا يجوزُ لها ذلك إلَّا بإذْنِه . نصَرَه القاضى وأصحابُه . وصحَّحه فى « الخُلاصَةِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » .

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى : باب عطية المرأة بغير إذن زوجها ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٨ .

(٣) فى الموضع السابق . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٨ . وأبو داود ، فى : باب فى عطية المرأة بغير إذن زوجها ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٦٣ . كما أخرجه النسائى ، فى : باب عطية المرأة بغير إذن زوجها ، من كتاب الزكاة ، وفى الباب نفسه ، من كتاب العمرى . المجتبى ٥/٤٩ ، ٦/٢٣٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/١٧٩ ، ١٨٤ ، ٢٠٧ ، وبلفظ قريب فى ٢/٢٢١ .

الشرح الكبير

الْمَرْأَةُ لِمَالِها وَجَمَالِها وَدِينِهَا »[1] . والعادةُ أنَّ الزَّوْجَ يَزِيدُ فى مَهْرِها مِن أجْلِ مالِها ، ويَتَبَسَّطُ فيه ، ويَنْتَفِعُ به ، وإذا أعْسَرَ بالنَّفَقةِ أنْظَرَتْه ، فجَرَى ذلك مَجْرَى حُقوقِ الوَرَثَةِ المُتَعَلِّقَةِ بمالِ المَرِيضِ . ولَنا ، قَوْلُه تعالَى : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾[2] . وهو ظاهِرٌ فى فَكِّ الحَجْرِ عنهم وإطْلاقِهم فى التَّصَرُّفِ ، وقد ثَبَت أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « يَا مَعْشَرَ النِّسَاءِ تَصَدَّقْنَ ، وَلَوْ مِنْ حُلِيِّكُنَّ » . وأنَّهُنَّ تَصَدَّقْنَ فقَبِلَ صَدَقَتَهُنَّ ، ولم يَسْأَلْ ولا اسْتَفْصَلَ . وأَتَتْه زَيْنَبُ امرأةُ عبدِ اللهِ ، وامرأةٌ أُخْرَى اسْمُها زَيْنَبُ ، فسألَتْه عن الصَّدَقَةِ ، هل يُجْزِئُهُنَّ أنْ يَتَصَدَّقْنَ على أزْواجِهِنَّ ، وأيْتامٍ لَهُنَّ ؟ فقال : « نَعَمْ »[3] . ولم يَذْكُرْ لَهُنَّ هذا الشَّرْطَ . ولأنَّ مَن وَجَب دَفْعُ مالِه إليه لرُشْدِه ، جاز له التَّصَرُّفُ فيه مِن

الإنصاف

تنبيهان ؛ أحدُهما ، محَلُّ الخِلافِ ، إذا كانتْ رَشِيدَةً ، فأمَّا غيرُ الرَّشِيدَةِ ، فهى مَمْنُوعَةٌ مُطْلَقًا . الثَّانى ، مَفْهومُ قوْلِه : بما زادَ على الثُّلُثِ . أنَّه لا يَحْجُرُ عليها فى التَّبَرُّعِ بالثُّلُثِ فأقَلَّ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ . قال فى « الكافِى » : هو

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب الأكفاء فى الدين ...، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧/٩ . ومسلم ، فى : باب استحباب نكاح ذات الدين، من كتاب الرضاع. صحيح مسلم ٢/١٠٨٦، ١٠٨٧. وأبو داود ، فى : باب ما يؤمر به من تزويج ذات الدين ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/٤٧٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء أن المرأة تنكح على ثلاث خصال ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٤/٣٠٦ . والنسائى ، فى : باب على ما تنكح المرأة ، وباب كراهية تزويج الزناة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/٥٤ ، ٥٦ . وابن ماجه ، فى : باب تزويج ذات الدين ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/٥٩٧ . والدارمى ، فى : باب تنكح المرأة على أربع ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/١٣٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٤٢٨ ، ٣/٨٠ ، ٨١ ، ٦/١٥٢ .

(٢) سورة النساء ٦ .

(٣) تقدم تخريجه فى ٧/٣٠٢ .

الشرح الكبير

غيرِ إذْنٍ ، كالغُلامِ ، ولأنَّ المرأةَ مِن أهْلِ التَّصَرُّفِ ، ولا حَقَّ لزَوْجِها فى مالِها ، فلم يَمْلِكِ الحَجْرَ عليها فى التَّصَرُّفِ بجَمِيعِه ، كأخِيها[1] . وحَدِيثُهم ضَعِيفٌ ، وشُعَيْبٌ لم يُدْرِكْ[2] عبدَ اللهِ بنَ عَمْرٍو ، فهو مُرْسَلٌ . ويُمْكِنُ حَمْلُه على أنَّه لا يَجُوزُ عَطِيَّتُها مِن [3]مالِه بغيرِ إذْنِه ، بدَلِيلِ أنَّه يَجُوزُ عَطِيَّتُها[3] فيما[4] دُونَ الثُّلُثِ مِن مالِها ، وليس معهم حديثٌ يَدُلُّ على تَحْدِيدِ المَنْعِ بالثُّلُثِ ، والتَّحْدِيدُ بذلك تحَكُّمٌ ليس فيه تَوْقِيفٌ ولا عليه دَلِيلٌ . ولا يَصِحُّ قِياسُهم على المَرِيضِ ؛ لوُجُوهٍ ؛ أحَدُها ، أنَّ المَرَضَ سَبَبٌ يُفْضِى إلى وُصُولِ المالِ إليهم بالمِيراثِ ، والزَّوْجِيَّةُ إنَّما تَجْعَلُه مِن أهْلِ المِيراثِ [١٢٨/٤و] فهى أحَدُ وَصْفَى العِلَّةِ ، فلا يَثْبُتُ الحُكْمُ بمُجَرَّدِها ، كما لا يَثْبُتُ للمرأةِ الحَجْرُ على زَوْجِها ، ولا لسائرِ الوُرّاثِ بدُونِ المَرَضِ . الثانى ، أنَّ تَبَرُّعَ المَرِيضِ مَوْقُوفٌ ، فإن بَرِئَ مِن مَرَضِه صَحَّ تَبرُّعُه ، وهـٰهُنا أبْطَلُوه على كلِّ حالٍ ، والفَرْعُ لا يَزِيدُ على أصْلِه . الثالثُ ، أنَّ ما ذَكَرُوه مُنْتَقِضٌ بالمرأةِ ، فإنَّها تَنْتَفِعُ بمالِ

الإنصاف

قَوْلُ أصحابِنا . وصحَّحه فى « الفائقِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايةِ الكُبْرى » ، وهو ظاهِرُ كلامِ أكثرِ الأصحابِ . وعنه ، له ذلك . صحَّحها فى « عُيونِ المَسائلِ » ، فلا يَنْفُذُ عِتْقُها . وأطْلَقهما فى « الكافِى » .

---

(١) فى م : « كأختها » .
(٢) فى الأصل ، م : « يذكر » .
(٣ - ٣) سقط من : الأصل .
(٤) فى الأصل ، ر ، ق ، م : « ما » .

المقنع

فَصْلٌ فِى الْإِذْنِ : يَجُوزُ لِوَلِىِّ الصَّبِىِّ الْمُمَيِّزِ أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِى التِّجَارَةِ ، فِى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

زَوْجِها ، وتَتَبَسَّطُ فيه عادَةً ، ولها النَّفَقَةُ منه ، وانْتِفاعُها بمالِه أكْثَرُ مِن انْتِفاعِه بمالِها ، وليس لها الحَجْرُ عليه ، على أنَّ هذا المَعْنَى ليس بمَوْجُودٍ فى الأَصْلِ ، ومِن شَرْطِ صِحَّةِ القِياسِ وجُودُ المَعْنَى المُثْبِتِ للحُكْمِ فى الأَصْلِ والفَرْعِ جَمِيعًا .

فصلٌ فى الإِذْنِ : قال الشيخُ ، رَحِمَه اللهُ : (يَجُوزُ لوَلِىِّ الصَّبِىِّ المُمَيِّزِ أن يَأْذَنَ له فى التِّجارَةِ ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن) ويَصِحُّ تَصَرُّفُه بالإِذْنِ . وهذا قولُ أبى حَنِيفَةَ . والثانِيةُ ؛ لا يَصِحُّ حتى يَبْلُغَ . وهو قولُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه غيرُ مُكَلَّفٍ ، أشْبَهَ غيرَ المُمَيِّزِ . ولأنَّ العَقْلَ لا يُمْكِنُ الوُقوفُ منه على الحَدِّ الذى (1) يَصْلُحُ به للتَّصَرُّفِ (1) ؛ لخَفائِه ، وتَزايُدِه تَزايُدًا خَفِىَّ التَّدْرِيجِ ، فجعَلَ الشّارِعُ له ضابِطًا ، وهو البُلُوغُ ، فلا تَثْبُتُ له أحْكامُ العُقَلاءِ قبلَ وُجُودِ المَظِنَّةِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ . ومَعْناه اخْتَبِرُوهم لتَعْلَمُوا رُشْدَهم . وإنَّما يَتَحَقَّقُ اخْتِبارُهم

الإنصاف

ويأْتِى فى آخِرِ البابِ ، إذا تبَرَّعَتْ مِن مالِ زَوْجِها .

قوله : يجوزُ لوَلِىِّ الصَّبِىِّ المُمَيِّزِ أَنْ يأْذَنَ له فى التِّجارَةِ ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن . وهى المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . والرِّوايةُ الثَّانيةُ [٢/ ١٤٥و] ، لايجوزُ .

(١ - ١) فى الأصل : « يصح به التصرف » .

المقنع

وَيَجُوزُ ذَلِكَ لِسَيِّدِ الْعَبْدِ . وَلَا يَنْفَكُّ عَنْهُمَا الْحَجْرُ ، إِلَّا فِيمَا أُذِنَ

الشرح الكبير

بتَفْوِيضِ التَّصَرُّفِ إليهم ، مِن البَيْعِ والشِّراءِ ؛ لِيُعْلَمَ هل يُغْبَنُ أم لَا . ولأَنَّه عاقِلٌ مُمَيِّزٌ مَحْجُورٌ عليه ، فصَحَّ تَصَرُّفُه بإذْنِ وَلِيِّه ، كالعَبْدِ . وفارَقَ غيرَ المُمَيِّزِ ، فإنَّه لا تَحْصُلُ المَصْلَحَةُ بتَصَرُّفِه ؛ لعَدَمِ تَمْيِيزِه ومَعْرِفَتِه ، ولا حاجَةَ إلى اخْتِبارِه ؛ لأَنَّه قد عُلِم حالُه . وقَوْلُهم : إنَّ العَقْلَ لا يُمْكِنُ الاطِّلاعُ عليه . قُلْنا : يُعْلَمُ ذلك بآثارِه وجَرَيانِ تَصَرُّفاتِه على وَفْقِ المَصْلَحَةِ ، كما يُعْلَمُ فى حَقِّ البالِغِ ، فإنَّ مَعْرِفَةَ رُشْدِه شَرْطُ دَفْعِ مالِه إليه وصِحَّةِ تَصَرُّفِه ، (1)كذا هـٰهُنا . فإن تَصَرَّفَ بغيرِ إذْنِ وَلِيِّه ، لم يَصِحَّ تَصَرُّفُه(1) . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ ، ويَقِفَ على إجازَةِ الوَلِىِّ . وهو قولُ أبى حَنِيفَةَ . ومَبْنَى ذلك على ما إذا تَصَرَّفَ فى مالِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، وقد ذَكَرْناه فيما مَضَى .

١٩٧٢ – مسألة : (ويَجُوزُ ذلك لسَيِّدِ العَبْدِ) بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه ؛ لأَنَّ الحَجْرَ عليه إنَّما كان لحَقِّ السَّيِّدِ ، فجاز له التَّصَرُّفُ بإذْنِه ؛ لزَوالِ المانِعِ .

١٩٧٣ – مسألة : (ولا يَنْفَكُّ عنهما الحَجْرُ ، إلَّا فيما أُذِنَ لهما فيه ،

الإنصاف

قوله : ويجوزُ ذلك لسَيِّدِ العَبْدِ . بلا نِزاعٍ .

قوله : ولا يَنْفَكُّ عنهما الحَجْرُ إلَّا فيما أُذِنَ لهما فيه . يَنْفَكُّ عنهما الحَجْرُ فيما أُذِنَ لهما فيه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ ، وقطَع به أكثرُهم ، نصَّ عليه . وفى طَريقَةِ بعضِ الأصحابِ ، لا يَنْفَكُّ الحَجْرُ عنهما ؛ لأنَّه لوِ انْفَكَّ

(١ – ١) سقط من : م .

المقنع لَهُمَا فِيهِ ، وَفِى النَّوْعِ الَّذِى أُمِرَا بِهِ .

الشرح الكبير وفى النَّوْعِ الذى أُمِرا به) لأنَّ تَصَرُّفَه إنَّما جاز بإذْنِ وَلِّيه وسَيِّدِه ، فزال الحَجْرُ فى قَدْرِ ما أذِنا فيه دُونَ غيره [٤/١٢٨ظ] كالتَّوْكِيلِ . فإن دَفَع السَّيِّدُ إلى عَبْدِه مالًا يَتَّجِرُ فيه ، كان له أن يَبِيعَ ويَشْتَرِىَ ويَتَّجِرَ به . وإن أذِنَ له أن يَشْتَرِىَ فى ذِمَّتِه ، جاز . وإن عيَّنَ له نَوْعًا مِن المالِ يَتَّجِرُ فيه ، لم يَكُنْ له أنْ يَتَّجِرَ فى غيره . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ أن يَتَّجِرَ فى غيره ، ويَنْفَكُّ عنه الحَجْرُ مُطْلَقًا ؛ لأنَّ إذْنَه إطْلاقٌ مِن الحَجْرِ وفَكٌّ له[1] ، والإطْلاقُ لا يَتَبَعَّضُ ، كبُلُوغِ الصَّبىِّ . ولَنا ، أنَّه مُتَصَرِّفٌ بالإذْنِ مِن جِهَةِ الآدَمِىِّ ، فوَجَبَ أن يَخْتَصَّ ما أذِنَ له فيه ، كالوَكِيلِ والمُضارِبِ ، وما قالَه يَنْتَقِضُ بما إذا أذِنَ له فى شِراءِ ثَوْبٍ ليَلْبَسَه ، أو طَعامٍ ليَأْكُلَه . ويُخالِفُ البُلُوغَ ؛ فإنَّه يَزُولُ به المَعْنَى المُوجِبُ للحَجْرِ ، فإنَّ البُلُوغَ مَظِنَّةُ كَمالِ العَقْلِ الذى يَتَمَكَّنُ به مِن التَّصَرُّفِ على وَجْهِ المَصْلَحَةِ ، وهٰهُنا الرِّقُّ سَبَبُ الحَجْرِ ، وهو مَوْجُودٌ ، فنَظِيرُ البُلُوغِ فى الصَّبِىِّ العِتْقُ للعَبْدِ ، وإنَّما يَتَصَرَّفُ العَبْدُ بالإذْنِ ، ألا تَرَى أنَّ الصَّبِىَّ يَسْتَفِيدُ بالبُلُوغِ قَبُولَ النِّكاحِ ، بخِلافِ العَبْدِ .

الإنصاف لما تُصُوِّرَ عَوْدُه ، ولما اعْتُبِرَ عِلْمُ العَبْدِ بإذْنِه .

قوله : وفى النَّوْعِ الذى أُمِرا به . يعْنِى ، يَنْفَكُّ عنهما الحَجْرُ فى النَّوْعِ الذى أُمِرا به فقط . وهذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وذكَر فى « الانْتِصارِ » رِوايَةً ، أنَّه إنْ أذِنَ لعَبْدِه فى نَوْعٍ ، ولم يَنْهَه عن غيرِه ، ملَكَه .

(١) سقط من : الأصل .

المقنع

وَإِنْ أُذِنَ لَهُ فِى جَمِيعِ أَنْوَاعِ التِّجَارَةِ ، لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يُؤْجِرَ نَفْسَهُ ، وَلَا يَتَوَكَّلَ لِغَيْرِهِ .وَهَلْ لَهُ أَنْ يُوَكِّلَ فِيمَا يَتَوَلَّى مِثْلَهُ بِنَفْسِهِ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

١٩٧٤ - مسألة : (وإن أُذِنَ له فى جَمِيعِ أنواعِ التِّجارَةِ ، لم يَجُزْ أن يُؤْجِرَ نَفْسَه ، ولا يَتَوَكَّلَ لغيرِه) وبه قال الشافعىُّ . وَجَوَّزَهما أبو حَنِيفَةَ ؛ لأَنَّه يَتَصَرَّفُ لنفسِه[1] ، فمَلَكَ ذلك ، كالمُكاتَبِ . ولَنا ، أنه عَقْدٌ على نَفْسِه ، فلا يَمْلِكُه بالإِذْنِ فى التِّجارَةِ ، كبَيْعِ نَفْسِه وتَزْوِيجِه . وقَوْلُهم : يَتَصَرَّفُ لنَفْسِه . مَمْنُوعٌ ، إنَّما يَتَصَرَّفُ لسَيِّدِه ، وبهذا فارَقَ المُكاتَبَ ؛ فإنَّ المُكَاتَبَ يَتَصَرَّفُ لنَفْسِه ، ولهذا كان له أنْ يَبِيعَ مِن سَيِّدِه .

١٩٧٥ - مسألة : (وهل له أن يُوَكِّلَ فيما يَتَوَلَّى مِثْلَه بنَفْسِه ؟ على رِوايَتَيْن) إحْداهما ، لا يَجُوزُ ؛ لأَنَّه تَصرفٌ بالإِذْنِ ، فاخْتَصَّ بما أُذِنَ فيه ،

الإنصاف

فائدة : قال فى « الفُروعِ » : وظاهِرُ كلامِهم ، أنَّه كمُضارِبٍ فى البَيْعِ نَسِيئَةً وغيرِه .

قوله : وإنْ أَذِنَ له فى جَميعِ أَنْواعِ التِّجارَةِ ، لم يَجُزْ له أَنْ يُؤْجِرَ نَفْسَه ، ولا أَنْ يَتَوَكَّلَ لغيرِه . بلا نِزاعٍ . لكِنْ فى جَوازِ إجارَةِ عَبِيدِه وبَهائِمه خِلافٌ فى « الانْتِصارِ » .

قوله : وهل له أَنْ يُوَكِّلَ فيما يتَوَلَّى مثلَه بنَفْسِه ؟ على وَجْهَيْن . وهما مَبْنِيَّان على الخِلافِ فى جَوازِ تَوْكِيلِ الوَكيلِ ، على ما يأْتِى فى بابِه . وهذه طَرِيقَةُ الجُمْهورِ ؛

---

(١) سقط من : الأصل .

المقنع وَإِنْ رَآهُ سَيِّدُهُ أَوْ وَلِيُّهُ يَتَّجِرُ فَلَمْ يَنْهَهُ ، لَمْ يَصِرْ مَأْذُونًا لَهُ .

الشرح الكبير و لم يُؤْذَنْ له فى التَّوْكِيلِ . والثانيةُ ، يَجُوزُ ؛ لأنهم يَمْلِكُون التَّصرُّفَ بأنْفُسِهم ، فمَلَكُوه بِنائِبهم ، كالمالِكِ الرَّشِيدِ ، ولأنَّه أقامَه مُقامَ نَفْسِه .

١٩٧٦ – مسألة : (وإن رَآه سَيِّدُه أو وَلِيُّه يَتَّجِرُ فلم يَنْهَه ، لم يَصِرْ مَأْذُونًا له) وبه قال الشافعيُّ . وقال أبو حَنِيفَةَ ، فى العَبْدِ : يصيرُ مَأْذُونًا له ؛ لأنَّه سَكَت عن حَقِّه ، فكان مُسْقِطًا له ، كالشَّفِيعِ إذا سَكَت عن طَلَبِ الشُّفْعَةِ . ولَنا ، أنَّه تَصرُّفٌ يَفْتَقِرُ إلى الإِذْنِ ، فلم يَقُمِ السُّكُوتُ مَقامَ الإِذْنِ ، كما لو باعَ الرّاهِنُ الرَّهْنَ والمُرْتَهِنُ ساكِتٌ ، أو باعَه المُرْتَهِنُ والرّاهِنُ ساكِتٌ ، وكتَصرُّفاتِ الأجانِبِ . ويُخالِفُ الشُّفْعَةَ ؛ فإنَّها تَسْقُطُ بمُضِيِّ الزَّمانِ إذا عَلِم ؛ لأنَّها على الفَوْرِ .

الإنصاف منهم المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الفُروعِ » ، وابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » ، وغيرُهم ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » أيضًا ، فى هذا البابِ . وقال فى « التَّلْخيصِ » ، فى بابِ الوَكالَةِ : ليس له أنْ يُوَكِّلَ بدُونِ إذْنٍ أو عُرْفٍ . جعَلَه أصْلًا فى عدَمِ تَوْكيلِ الوَكِيلِ .

فائدة : هل للصَّبِيِّ المأْذُونِ له أنْ يُوَكِّلَ ؟ قال فى « الكافِى » : هو كالوَكِيلِ . قلتُ : لو قيلَ بعَدَمِ جوازِه مُطْلَقًا ، لكان مُتَّجِهًا .

قوله : وإنْ رَآه سَيِّدُه أو وَلِيُّه يَتَّجِرُ ، فلم يَنْهَه ، لم يَصِرْ مَأْذُونًا له . بلا نِزاعٍ . لكِنْ قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : الذى يَنْبَغِى أنْ يُقالَ ، فيما إذا رأَى عَبْدَه يَبِيعُ ، فلم يَنْهَه ، وفى جميعِ المَواضِعِ : إنَّه لا يكونُ إذْنًا ، ولا يصِحُّ التَّصرُّفُ ، ولكِنْ يكونُ تَغْرِيرًا ، فيكونُ ضامِنًا ، بحيثُ إنَّه ليس له أنْ يُطالِبَ المُشْتَرِىَ بالضَّمانِ ، وإنْ تَرْكَ

المقنع

وَمَا اسْتَدَانَ الْعَبْدُ ، فَهُوَ فِي رَقَبَتِهِ ، يَفْدِيهِ سَيِّدُهُ أَوْ يُسَلِّمُهُ . وَعَنْهُ ، يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ ، وَيُتْبَعُ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ ، إِلَّا الْمَأْذُونَ لَهُ ، هَلْ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ أَوْ ذِمَّةِ سَيِّدِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

١٩٧٧ – مسألة : (وما اسْتَدانَ العَبْدُ ، فهو فى رَقَبَتِه ، يَفْدِيه سَيِّدُه أو يُسَلِّمُه . وعنه ، يَتَعَلَّقُ بذِمَّتِه ، يُتْبَعُ به بعدَ العِتْقِ ، إلَّا المَأْذُونَ له ، هل يَتَعَلَّقُ برَقَبَتِه أو ذِمَّةِ سَيِّدِه ؟ على رِوايَتَيْن) يقال : ادَّانَ واسْتدانَ وتَدايَنَ بمَعْنًى . [٤/١٢٩و] والعَبْدُ قِسْمان ؛ مَحْجُورٌ عليه ، فما لَزِمَهُ مِن الدَّيْنِ بغيرِ رِضا سَيِّدِه ، مثلَ أن يَقْتَرِضَ ويَشْتَرِىَ شيئًا فى ذِمَّتِه ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْدَاهما ، يَتَعَلَّقُ برَقَبَتِه . اخْتارَها الخِرَقِىُّ ، وأبو بكرٍ ؛ لأنَّه دَيْنٌ لَزِمَه بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه ، فتَعلَّقَ برقَبَتِه ، كالإِتْلافِ . والثانيةُ ، يَتَعلَّقُ بذِمَّتِه ، يَتْبَعُه الغَرِيمُ به إذا عَتَق وأيْسَرَ . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه مُتَصرِّفٌ فى ذِمَّتِه بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه ، فتَعلَّقَ بذِمَّتِه ، كعِوَضِ الخُلْعِ مِن الأمَةِ ، وكالحُرِّ . القِسْمُ الثانى ، المأْذُونُ له فى التَّصَرُّفِ أو فى الاسْتِدانَةِ ، فما يَلْزَمُه مِن الدَّيْنِ

الإنصاف

الواجبِ عندَنا كفِعْلِ المُحَرَّمِ ، كما نقولُ فى مَن قدَر على إنْجاءِ إنْسانٍ مِن هَلَكَةٍ ، بلِ الضَّمانُ هنا أقْوَى .

قوله : وما اسْتَدانَ العَبْدُ فهو فى رَقَبَتِه يَفْدِيه سَيِّدُه ، أو يُسَلِّمُه . وعنه ، يَتَعَلَّقُ بذِمَّتِه ، يُتْبَعُ به بعدَ العِتْقِ ، إلَّا المأْذُونَ له ، هل يَتَعَلَّقُ برقَبَتِه أو ذِمَّةِ سَيِّدِه ؟ على رِوايتَيْن . وذكَر المُصَنِّفُ للعَبْدِ إذا اسْتَدانَ حالتَيْن ؛ إحْداهما ، أنْ يكونَ غيرَ مَأْذُونٍ له ، فلا يصِحُّ تصَرُّفُه ، لكِنْ إنْ تصَرَّفَ فى عَيْنِ المالِ ؛ إمَّا لنَفْسِه أو للغيرِ ، فهو

الشرح الكبير

هل يَتعَلَّقُ برقَبَتِه ، أو ذِمَّةِ سَيِّدِه ؟ على رِوايَتَيْن ؛ إحْداهما ، يَتعَلَّقُ برقَبَتِه . وهو ظاهِرُ قولِ أبى حَنِيفَةَ ؛ لأنَّه قال : يُباعُ إذا طالَبَ الغُرَماءُ ببَيْعِه . وهذا مَعْناه أنه يَتعَلَّقُ برقَبَتِه ؛ لأنه دَيْنٌ ثَبَت برِضا مَن له الدَّيْنُ[1] ، فيُباعُ فيه ، كما لو رَهَنَه . والثانيةُ ، يَتعَلَّقُ بذِمَّةِ السَّيِّدِ . وهو الذى ذَكَرَه الخِرَقِىُّ . فعلى هذه الرِّوايَةِ ، يَلْزَمُ مَوْلاه جَمِيعُ ما ادَّانَ . وقال مالِكٌ ، والشافعىُّ : إن كان فى يَدِه مالٌ ، قُضِيَتْ دُيُونُه منه ، وإن لم يَكُنْ فى يَدِه شىءٌ ، تَعَلَّقَ بذِمَّتِه ، يُتْبَعُ به إذا عَتَق وأيْسَرَ ؛ لأنَّه دَيْنٌ ثَبَت برِضا مَن له الدَّيْنُ ، أشْبَهَ غيرَ المَأْذُونِ ، أو فوَجَبَ أن لا يَتعَلَّقَ برقَبَتِه ، كما لو اقْتَرَضَ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه . ووَجْهُ قولِ الخِرَقِىِّ ، أنَّه إذا أَذِنَ له فى التِّجارَةِ ، فقد أغْرَى النّاسَ بمُعامَلَته وأذِنَ فيها ، فصار ضامِنًا ، كما لو قال لهم : دايِنُوه . أو أَذِنَ فى اسْتِدانَةٍ تَزِيدُ على قِيمَتِه . ولا فَرْقَ بينَ الدَّيْنِ الذى لَزِمَه فى التِّجارَةِ المَأْذُونِ فيها ، أو فيما لم يُؤْذَنْ له فيه ، مثلَ أن أَذِنَ له فى التِّجارَةِ فى البُرِّ[2] ، فاتَّجَرَ فى غيرِه ، فإنَّه لا يَنْفَكُّ عن التَّغْرِيرِ ، إذ يَظُنُّ النّاسُ أنَّه مَأْذُونٌ له فى ذلك أيضًا .

الإنصاف

كالغاصِبِ ، أو الفُضُولِىِّ ، على ما هو مُقَرَّرٌ فى مَواضِعِه . وإنْ تصَرَّفَ فى ذِمَّتِه بشِراءٍ أو قَرْضٍ ، لم يصِحَّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وعنه ، يصِحُّ ، ويُتْبَعُ به بعدَ عِتْقِه . ذكَرَه فى « الفُروعِ » ، فى كتابِ البَيْعِ . وذكَر المُصَنِّفُ الخِلافَ ، وصاحِبُ « الشَّرْحِ » ، وغيرُهما ، احْتِمالَيْن ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » وَجْهَيْن . فعلى المذهبِ ، إنْ وجَد ما أخَذَه ، فله أخْذُه منه ومِنَ السَّيِّدِ إنْ كان بيَدِه . فإنْ

---

(١) فى م : « العين » .

(٢) فى ر : « البز » .

الشرح الكبير

فصل : فأمّا أُرُوشُ جناياتِه ، وقِيَمُ مُتْلَفاتِه ، فهى مُتَعلِّقةٌ برَقَبَةِ العَبْدِ ، سَواءٌ كان مَأْذُونًا له أو لا ، رِوايَةً واحِدَةً . وبه يَقُولُ أبو حَنِيفَةَ ، والشافعيُّ . وكلُّ ما تَعلَّقَ برَقَبَةِ العَبْدِ خُيِّرَ السَّيِّدُ[1] بينَ تَسْلِيمِه للبَيعِ[2] وبينَ فِدائِه ، فإذا بِيعَ ، وكان ثَمَنُه أقَلَّ ممّا عليه ، فليس لرَبِّ الدَّيْنِ إلَّا ذلك ؛ لأنَّ العَبْدَ هو الجانِى ، فلم يَجِبْ على غَيْرِه شيءٌ . وإن كان ثَمَنُه أكْثَرَ ، فالفَضْلُ للسَّيِّدِ . وذَكَر القاضى أنَّ ظاهِرَ كَلامِ أحمدَ ، أنَّ السَّيِّدَ لا يَرْجِعُ بالفَضْلِ . ولَعَلَّه يَذْهَبُ إلى أنَّه دَفَعَه إليه عِوَضًا عن الجنايَةِ ، فلم يَبْقَ لسَيِّدِه فيه شيءٌ ، كما لو مَلَّكَه إيَّاه عِوَضًا عن الجنايَةِ . وليس هذا صَحِيحًا ؛ فإنَّ المَجْنِيَّ عليه لا يَسْتَحِقُّ أكْثَرَ مِن قَدْرِ أَرْشِ الجِنايَةِ عليه ،

الإنصاف

تَلِفَ مِنَ العَبْدِ فى يَدِ السَّيِّدِ ، رجَع عليه بذلك ، وإنْ شاءَ كان مُتَعلِّقًا برَقَبَةِ العَبْدِ . قالَه المُصَنِّفُ وغيرُه . وإنْ أهْلَكَه العَبْدُ ، فقدَّم المُصَنِّفُ ، أنَّه يتَعلَّقُ برَقَبَتِه ؛ يفْدِيه سيِّدُه أو يُسَلِّمُه . وهو المذهبُ ، ونقَلَه الجماعَةُ عن أحمدَ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ؛ منهم الخِرَقِيُّ ، وأبو بَكْرٍ ، وغيرُهما . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفروعِ » وغيرِه . قال الزَّرْكَشِيُّ : هذا المَشْهورُ . وهو مِنَ المُفْرَداتِ . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، يتَعَلَّقُ بذِمَّتِه ، ويُتْبَعُ به بعدَ العِتْقِ . وقدَّمه فى « الخُلاصَةِ » . وأطْلَقَهما فى « الهِدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الزَّرْكَشِيِّ » ، وتقدَّم رِوايَةُ حَنْبَلٍ . وعنه ، إنْ فدَاه ، فَداه بكُلِّ الحَقِّ ، بالِغًا مابلَغ . ذكَرَها فى « التَّلْخيصِ » وغيرِه . وعنه ، إنْ عَلِمَ ربُّ العَيْنِ أنَّه عَبْدٌ ، فلا شيءَ له . نصَّ عليه ، فى رِوايَةِ حَنْبَلٍ ، كما تقدَّم . فعلى المذهبِ ،

---

(١) فى الأصل : « المشترى » .

(٢) فى م : « للمبيع » .

الشرح الكبير

فهو كما لو جَنَى [٤/١٢٩ظ] عليه حُرٌّ ، والجانِي لا يَجبُ عليه أكْثَرُ مِن أرْشِ جنايَتِه ، ولأنَّ الحقَّ تعَلَّقَ بعَيْنِه ، فكان الفَضْلُ مِن ثَمَنِه لسَيِّدِه ، كالرَّهْنِ . ولا يَصِحُّ قَوْلُهم : إنّه دَفَعَه عِوَضًا ؛ لأنَّه لو كان عِوضًا ، لمَلَكَه المَجْنِىُّ عليه ، ولم يُبَعْ فى الجنايَةِ ، وإنّما دَفَعَه ليُباعَ فيُؤْخَذَ منه عِوَضُ الجنايَةِ ويُرَدَّ إليه الباقِى ، ولذلك لو أتْلَفَ دِرْهَمًا ، لم يَبْطُلْ حَقُّ سَيِّدِه منه بذلك . وإن عَجَز عن أداءِ الدِّرْهَمِ مِن غيرِ ثَمَنِه ، فإنِ اخْتارَ السَّيِّدُ فِداءَه ، لَزِمَه أقَلُّ

الإنصاف

لو أعْتَقَه سيِّدُه ، فعلى السَّيِّدِ الذى عليه . نقَلَه أبو طالِبٍ ، واقْتَصرَ عليه فى « الفُروعِ » . وعلى الرِّوايةِ الثَّانيةِ ، فى أصْلِ المَسْأَلَةِ ، وهو صِحَّةُ تصَرُّفِه إذا تَلِفَ ، ضَمِنَه بالمُسَمَّى . وعلى المذهبِ ، يَضْمَنُه بمِثْلِه إنْ كان مِثْلِيًّا ، وإلَّا بقِيمَتِه . وعلى الرِّوايةِ الثَّالثةِ أيضًا ، إنْ وَجدَه فى يَدِ العَبْدِ ، انْتَزَعَه صاحِبُه منه ؛ لتَحَقُّقِ إعْسارِه . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، وغيرُهم . وإنْ كان فى يَدِ السَّيِّدِ ، لم يُنْتَزَعْ منه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا المَشْهورُ . واخْتارَ صاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، جَوازَ الانْتِزاعِ منه . انتهى . وإنْ تَلِفَ فى يَدِ السيِّدِ ، لم يَضْمَنْه . وهل يتَعَلَّقُ ثَمَنُه برَقَبَةِ العَبْدِ [٢/١٤٥ظ] أو بذِمَّتِه ؟ على الخِلافِ المُتقَدِّمِ . وكذا إنْ تَلِفَ فى يَدِ العَبْدِ ، فمُقْتَضَى كلامِ المَجْدِ ، أنَّه لا يُنْتَزَعُ[1] ، وإنْ كان بيَدِ العَبْدِ ، وأنَّ الثَّمَنَ يتَعَلَّقُ بذِمَّتِه . قالَه الزَّرْكَشِىُّ . قال : ويَظْهَرُ قَوْلُ المَجْدِ ، إنْ عَلِمَ البائعُ أوِ المُقْرِضُ بالحالِ ، وإنْ لم يَعْلَمْ ، فيتَوَجَّهُ قَوْلُ الأكْثَرِين . الحالَةُ الثَّانيةُ ، أنْ يكونَ مَأْذُونًا له ، ويَسْتَدِينَ ، فيتَعَلَّقَ بذِمَّةِ سيِّدِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ؛ لأنَّه تصَرَّفَ لغيرِه ، ولهذا له الحَجْرُ عليه ، وتَصَرَّفَ فى بَيْعِ خِيارٍ بفَسْخٍ أو إمْضاءٍ ،

(١) فى الأصل ، ط : « يتبرع » .

الشرح الكبير

الأمْرَيْن ؛ مِن قِيمَتِه أو أَرْشِ جنايَتِه ؛ لأنَّ[1] أَرْشَ الجِنَايَةِ إن كانَ أكْثَرَ ، فلا يَتَعَلَّقُ بغيرِ العَبْدِ الجانِى ؛ لعَدَمِ الجِنَايَةِ مِن غيرِه ، وإنَّما تَجِبُ قِيمَتُه وإن كان أقلَّ ، فلم يَجِبْ بالجِنايَةِ إلَّا هو . وعن أحمدَ رِوايَةٌ أُخْرَى ، أنَّه يَلْزَمُه[1] أَرْشُ الجِنايَةِ كلُّه ؛ لأنَّه يَجُوزُ أن يَرْغَبَ فيه راغِبٌ ، فيَشْتَرِيَه بأَرْشِ الجِنايَةِ ، فإذا مَنَع منه ، لَزِمَه جَمِيعُ الأَرْشِ ؛ لتَفْوِيتِه ذلك . وللشافعيِّ قَوْلان ، كالرِّوايَتَيْن .

فصل : فإن تَصَرَّفَ العَبْدُ غيرُ المَأْذُونِ ببَيْعٍ ، أو شِراءٍ بعَيْنِ المالِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ مِن المَحْجُورِ عليه فيما حُجِر عليه فيه ، أشْبَهَ المُفْلِسَ ، وقِياسًا على تَصَرُّفِ الأجْنَبِىِّ . ويَتَخَرَّجُ أن يَصِحَّ ، ويَقِفَ على إجازةِ السَّيِّدِ ، كتَصَرُّفِ الفُضُولِىِّ . فأمّا شِراؤُه بثَمَنٍ فى ذِمَّتِه واقْتِراضُه ، فيَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ ؛ لأنَّه مَحْجُورٌ عليه ، أشْبَهَ السَّفِيهَ ، ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ ؛ لأنَّ الحَجْرَ لحَقِّ غيرِه ، أشْبَهَ المُفْلِسَ والمَرِيضَ . ويَتَفَرَّعُ على

الإنصاف

وثُبوتِ المِلْكِ . ويَنْعزِلُ وَكِيلُه بعَزْلِ سيِّدِه للمُوَكِّلِ ، ولذلك تعلَّقَ بذِمَّةِ سيِّدِه ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به الخِرَقِىُّ ، وصاحِبُ « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وناظِمُ « المُفْرَداتِ » ، وغيرُهم . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا المَشْهورُ مِنَ الرِّواياتِ ، واخْتِيارُ القاضى ، والخِرَقِىِّ ، وأبِى الخَطَّابِ ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهما . وهو مِن

---

(١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

هذَيْن الوَجْهَيْن ، أنَّ التَّصَرُّفَ إن كان فاسِدًا ، فللبائِعِ والمُقْرِضِ أخْذُ مالِه إن كان باقِيًا ، سَواءٌ كان فى يَدِ العَبْدِ أو السَّيِّدِ ، وإن كان تالِفًا ، فله قِيمَتُه ، أو مِثْلُه إن كان مِثْلِيًّا . فإن تَلِفَ فى يَدِ السَّيِّد ، رَجَع عليه بذلك ؛ لأنَّ عَيْنَ مالِه تَلِف فى يَدِه ، وإن شاء كان ذلك مُتَعَلِّقًا برَقَبَةِ العَبْدِ ؛ لأنه الذى أخَذَه منه ، وإن تَلِف فى يَدِ العَبْدِ ، فالرُّجُوعُ عليه . وهل يَتَعَلَّقُ برَقَبَتِه أو ذِمَّتِه ؟ على رِوايَتَيْن . وإن قُلْنا : التَّصَرُّفُ صَحِيحٌ . والمَبِيعُ فى يَدِ العَبْدِ ، فللبائِعِ فَسْخُ البَيْعِ ، وللمُقْرِضِ الرُّجُوعُ فيما أقْرَضَ ؛ لأنه قد

الإنصاف

مُفْرَداتِ المذهبِ . وعنه ، يتَعَلَّقُ برَقَبَتِه . وأطْلَقهما المُصَنِّفُ هنا ، وصاحِبُ « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « التَّلْخِيصِ » ، و « الشَّرْحِ » ، والزَّرْكَشِىُّ ، وغيرُهم . قال الزَّرْكَشِىُّ : وبنَى الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ الرِّوايتَيْن على أنَّ تصَرُّفَه مع الإذْنِ ، هل هو لسَيِّدِه ، فيَتَعَلَّقَ بذِمَّتِه كوَكِيلِه ، أو لنَفْسِه ، فيتَعَلَّقَ برَقَبَتِه ؟ على رِوايتَيْن . انتهى . وعنه ، يتَعَلَّقُ بذِمَّةِ سَيِّدِه وبرَقَبَتِه . وذكَر فى « الوَسِيلَةِ » ، رِوايَةً ، يتَعَلَّقُ بذِمَّةِ العَبْدِ . ونقَل صالِحٌ ، وعَبْدُ اللهِ ، يُؤْخَذُ السَّيِّدُ بما اسْتَدانَ لِمَا أُذِنَ له فيه فقط . ونقَل ابنُ مَنْصُورٍ ، إذا ادَّانَ ، فعلى سَيِّدِه ، وإنْ جنَى ، فعلى سيِّدِه . وقال فى « الرَّوْضَةِ » : إنْ أذِنَ له مُطْلَقًا ، لَزِمَه كلُّ ما ادَّانَ ، وإنْ قيَّدَه بنَوْعٍ لم يَذْكُرْ فيه اسْتِدانَةً ، فبرَقَبَتِه ، كغيرِ المَأْذُونِ .

تنبيهات ؛ الأوَّلُ ، يكونُ التَّعَلُّقُ بالدَّيْنِ كلِّه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نقَلَه الجماعَةُ عن أحمدَ ، واخْتارَه جماعَةٌ مِنَ الأصحابِ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وهو ظاهِرُ كلامِ الأصحابِ . وفى « الوَسِيلَةِ » : يتَعَلَّقُ بقَدْرِ قِيمَتِه . ونقَلَه مُهَنَّا . الثَّانى ، محَلُّ الخِلافِ المُتَقَدِّمِ فى الحالَتَيْن ، إنَّما هو فى الدُّيونِ . أمَّا أُرُوشُ جِناياتِه ،

المقنع

وَإِذَا بَاعَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ الْمَأْذُونَ شَيْئًا ، لَمْ يَصِحَّ فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ،

الشرح الكبير

تَحقَّقَ إعْسارُ المُشْتَرِى والمُقْتَرِضِ ، فهو أسْوأُ حالًا مِن الحُرِّ المُعْسِرِ . وإن كان السَّيِّدُ قد انْتزَعَه مِن يَدِ العَبْدِ ، مَلَكَه بذلك ؛ لأنَّه أخَذَ مِن عَبْدِه مالًا فى يَدِه بحَقٍّ ، فهو كالصَّيْدِ . فإذا مَلَكَه السَّيِّدُ كان كهَلاكِه فى يَدِ العَبْدِ ، ولا يَمْلِكُ البائِعُ والمُقْرِضُ انْتِزاعَه مِن السَّيِّدِ بحالٍ . فإنْ كان قد تَلِف ، اسْتَقَرَّ ثَمَنُه فى رَقَبَةِ العَبْدِ أو فى ذِمَّتِه ، سَواءٌ تَلِف فى يَدِ العَبْدِ أو السَّيِّدِ .

١٩٧٨ – مسألة : (وإذا باعَ السَّيِّدُ عَبْدَه المَأْذُونَ له شيئًا ، لم يَصِحَّ

الإنصاف

وقِيَمُ مُتْلَفاتِه ، فتَتَعَلَّقُ برَقَبَتِه ، رِوايةً واحدَةً . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وتقدَّم قريبًا رِوايَةُ ابنِ مَنْصُورٍ ، إنْ جنَى ، فعلى سَيِّدِه . الثَّالِثُ ، عُمومُ كلامِ المُصَنِّفِ ، وكثيرٍ مِنَ الأصحابِ ، يَقْتَضِى جَرَيانَ الخِلافِ ، وإنْ كان فى يَدِه مالٌ . وهو صحيحٌ ، وقطَع به المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما . وجعَل ابنُ حَمْدانَ فى « رِعايَتِه » محَلَّ الخِلافِ ، فيما إذا عجَز ما فى يَدِه عن الدَّيْنِ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، حُكْمُ ما اسْتَدانَه أو اقْترَضَه بإذْنِ السَّيِّدِ ، حُكْمُ ما اسْتَدانَه للتِّجارَةِ بإذْنِه . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والنَّاظِمُ ، وصاحِبُ « الرِّعايةِ » ، وغيرُهم . وقطَع فى « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » بلُزومِه للسَّيِّدِ ، وكذا قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . وهو ظاهِرُ كلامِ المَجْدِ . الثَّانيةُ ، لا فَرْقَ فيما اسْتَدانَه بينَ أنْ يكونَ فيما أُذِنَ له فيه ، أو فى الذى لم يُؤْذَنْ له فيه ، كما لو أُذِنَ له فى التِّجارَةِ فى البُرِّ فيَتَّجِرُ فى غيرِه . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الرِّعايةِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرُهم . ونقَلَه . أبو طالِبٍ . قال الزَّرْكَشِىُّ : وفيه نظَرٌ . وهو كما قالَ .

قوله : وإنْ باعَ السَّيِّدُ عَبْدَه المأْذُونَ شيئًا ، لم يَصِحَّ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن . وهو

المقنع وَيَصِحُّ فِي الْآخَرِ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ بِقَدْرِ قِيمَتِهِ .

الشرح الكبير فى أحَدِ الوَجْهَيْن) [٤/١٣٠و] لأنَّه مَمْلُوكُه ، فلا يَثْبُتُ له دَيْنٌ فى ذِمَّتِه ، كغيرِ المَأْذُونِ له ، أو كمَن لا دَيْنَ عليه (ويَصِحُّ فى الآخَرِ إذا كان عليه دَيْنٌ بقَدْرِ قِيمَتِه) لأنَّا إذا قُلْنا : إنَّ الدَّيْنَ يَتعَلَّقُ برَقَبَتِه . فكأنَّه صار مُسْتَحَقًّا لأَصْحابِ الدُّيُونِ ، فيَصِيرُ كعَبْدِ غيرِه .

الإنصاف المذهبُ ، صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ ، وغيرُه . وقدَّمه فى « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهم .

قوله : ويَصِحُّ فى الآخَرِ إذا كان عليه دَيْنٌ بقَدْرِ قِيمَتِه . وهو رِوايَةٌ فى « الرِّعايَةِ » ، و « الحاوِى » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، وغيرِهم . وقيل : يصِحُّ مُطْلَقًا . ذكَرَه فى « الفُروعِ » . وأمَّا شِراءُ السَّيِّدِ مِن عَبْدِه ، فيأْتِى فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى المُضارَبَةِ ، فى قوْلِه : وكذلك شراءُ السَّيِّدِ مِن عَبْدِه .

فائدة : لو ثبَت على عَبْدٍ دَيْنٌ ، زادَ فى « الرِّعايةِ » ، أو أَرْشُ جِنايَةٍ ، ثم ملَكَه مَن له الدَّيْنُ أوِ الأَرْشُ ، سقَط عنه ذلك . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، وغيرِهما . وقيل : لا يَسْقُطُ . وأطْلَقهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، ذكَرُوه فى كتابِ الصَّداقِ .

المقنع

وَيَصِحُّ إِقْرَارُ الْمَأْذُونِ لَهُ فِى قَدْرِ مَا أُذِنَ لَهُ فِيهِ .
وَإِنْ حُجِرَ عَلَيْهِ وَفِى يَدِهِ مَالٌ ، ثُمَّ أُذِنَ لَهُ ، فَأَقَرَّ بِهِ ، صَحَّ .

الشرح الكبير

١٩٧٩ – مسألة : (ويَصِحُّ إقْرارُ المَأْذُونِ له فى قَدْرِ ما أُذِنَ له فيه) دُونَ ما زاد عليه ؛ لأنَّه لم يُؤْذَنْ له فيه ، فهو كغيرِ المَأْذُونِ له ، ولأنَّ الذى أُذِنَ له فيه يَصِحُّ تَصَرُّفُه فيه ، فيَصِحُّ إقْرارُه به ، كالحُرِّ .

١٩٨٠ – مسألة : (وإن حُجِر عليه وفى يَدِه مالٌ ، ثم أُذِنَ له فيه ، فأَقَرَّ به ، صَحَّ) لأنَّ المانِعَ مِن صِحَّةِ إقْرارِه الحَجْرُ عليه ، وقد زال ، ولأنَّه يَصِحُّ تَصَرُّفُه فيه ، فيَصِحُّ إقْرارُه به ، كما لو لم يُحْجَرْ عليه ، وقِياسًا على غيرِه مِن الأحْرارِ .

الإنصاف

قوله : ويصِحُّ إقْرارُ المأْذُونِ فى قَدْرِ ما أُذِنَ له فيه . هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقال أبو بَكْرٍ ، وابنُ أبِى مُوسى : إنَّما يصِحُّ إقْرارُ الصَّبِىِّ فيما أُذِنَ له فيه مِنَ التِّجارَةِ [٢/١٤٦و] إذا كان يَسِيرًا . وأطْلَقَ فى « الرَّوْضَةِ » صِحَّةَ إقْرارِ المُمَيِّزِ . وذكَر الآدَمِىُّ البَغْدادِىُّ ، أنَّ السَّفِيهَ والمُمَيِّزَ إذا أقَرَّا بحَدٍّ أو قَوَدٍ ، أو نَسَبٍ أو طَلاقٍ ، لَزِمَ ، وإنْ أقَرَّا بمالٍ ، أُخِذَ بعدَ الحَجْرِ . قال فى « الفُروعِ » : كذا قال . وإنَّما ذلك فى السَّفِيهِ . وهو كما قالَ . ويأْتِى ذلك فى كتابِ الإقْرارِ بأَتَمَّ مِن هذا ، ويأْتِى هناك إقْرارُ العَبْدِ غيرِ المَأْذُونِ له ، فى كلامِ المُصَنِّفِ .

قوله : وإنْ حُجِرَ عليه وفى يَدِه مالٌ ، ثم أُذِنَ له ، فأقَرَّ به ، صَحَّ . هذا المذهبُ . جزَم به فى « الهِدايةِ »، و « المُذْهَبِ »، و « المُسْتَوْعِبِ »، و « الخُلاصَةِ » ،

و « المُغْنِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْــن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الوَجيزِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقال : ذكَرَه الأَزَجِىُّ ، وصاحِبُ « التَّرْغيبِ » ، وغيرُهما . وقيل : إنَّما ذلك فى الصَّبِىِّ ، فى الشىءِ اليَسِيرِ . ومنَع فى « الانْتِصارِ » عدَمَ الصِّحَّةِ ، ثم سلَّم ذلك .

فائدة : لوِ اشْتَرَى مَن يَعْتِقُ على سَيِّدِه بلا إذْنِه[1] ، صحَّ . قال فى « الرِّعايةِ الكُبْرَى » : صحَّ فى الأصحِّ . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « رُءُوسِ المَسائلِ » له . وأقَرَّه فى « شَرْحِ الهِدايةِ » . وقيل : لا يصِحُّ . صحَّحه فى « النَّظْمِ » ، وشيْخُنا فى « تَصْحيحِ المُحَرَّرِ » . واخْتارَه القاضى ، قالَه المَجْدُ فى « شَرْحِه » ، وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، فى بابِ المُضارَبَةِ ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « الفُروعِ » ، وزادَ ، لوِ اشْتَرى مَن يَعْتِقُ على امْرأتِه ، وزَوْجَ صاحِبَةِ المالِ . وقال فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » ، فى بابِ الكِتابةِ : وإنِ اشْتَرى زَوْجتَه ، انْفَسَخَ نِكاحُها ، وإنِ اشْتَرى زَوْجَةَ سيِّدِه ، احْتَمَلَ وَجْهَيْن . انتهى . وكذا الحُكْمُ لو اشْتَرى امْرأَةَ سيِّدِه ، أو صاحِبَةَ المالِ . قالَه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، وغيرِهم ، فى بابِ المُضارَبَةِ . فعلى الأوَّلِ ، لو كان عليه دَيْنٌ ، فقِيل : يُباعُ فيه . قدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وقيل : يَعْتِقُ . وهو احْتِمالٌ فى « الرِّعايَةِ » . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » . ويأْتِى نَظِيرُها ، لوِ اشْتَرَى المُضارِبُ مَن يَعْتِقُ على رَبِّ المالِ فى المُضارَبَةِ . وقد تقدَّم فى أوَّلِ كتابِ الزَّكاةِ ، هل يَمْلِكُ العَبْدُ بالتَّمْليكِ ، أم لا ؟ وذكَرْنا هناك فَوائِدَ جَمَّةً ، ذكَرَها أكثرُ الأصحابِ هنا ، فلْتُراجَعْ هناك .

(١) بياض فى الأصل ، ط .

المقنع

وَلَا يَبْطُلُ الْإِذْنُ بِالْإِبَاقِ .

الشرح الكبير

١٩٨١ - مسألة : (ولا يَبْطُلُ الإذْنُ بالإباقِ) وبه قال الشافعىُّ . وقال أبو حَنِيفَةَ : يَبْطُلُ[١] به[٢] ؛ لأنَّه يُزِيلُ وِلايَةَ السَّيِّدِ عنه فى التِّجارَةِ ، بدَلِيلِ أنَّه لا يَجُوزُ بَيْعُه ولا هِبَتُه ولا رَهْنُه ، فأشْبَهَ ما لو باعَه . ولَنا ، أنَّ الإِباقَ لا يَمْنَعُ ابْتِداءَ الإذْنِ له فى التِّجارَةِ ، فلم يَمْنَعِ اسْتِدامَتَه ، كما لو غَصَبَه غاصِبٌ ، أو حُبِس بدَيْنٍ عليه . ولا يَصِحُّ ما ذَكَرُوه ؛ فإنَّ سَبَبَ الوِلايَةِ باقٍ ، وهو الرِّقُّ ، ويَجُوزُ بَيْعُه وإجارَتُه ممَّن يَقْدِرُ عليه ، ويَبْطُلُ بالمَغْصُوبِ .

الإنصاف

قوله : ولا يَبْطُلُ الإذْنُ بالإباقِ . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : ولا يَبْطُلُ إذْنُه بإباقِه فى الأصحِّ . واخْتارَه القاضى . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » . وقيل : يَبْطُلُ . اخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وأطْلَقهما فى « التَّلْخيصِ » .

فائدة : لو دَبَّرَه ، أو اسْتَوْلَدَها ، لم يَبْطُلْ إذْنُه . جزَم به فى « الفُروعِ » . وفى بُطْلانِ إذْنِه بكِتابَةٍ وحُرِّيَّةٍ وأَسْرٍ ، خِلافٌ فى « الانْتِصارِ » . وفى « المُوجَزِ » ، و « التَّبْصِرَةِ » ، يَزُولُ مِلْكُه بحُرِّيَّةٍ وغيرِها ؛ كحَجْرٍ على سيِّدِه . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « المُسْتَوْعِبِ » : يَبْطُلُ إذْنُه بخُروجِه عن مِلْكِه ببَيْعٍ أو هِبَةٍ أو صَدَقَةٍ أو سَبْىٍ . وجزَما بأنَّه يَبْطُلُ إذْنُه بإيلادِها ، وهو بعيدٌ .

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : الأصل ، ر ، م .

المقنع

وَلَا يَصِحُّ تبَرُّعُ الْمَأْذُونِ لَهُ بِهِبَةِ الدَّرَاهِمِ وَكُسْوَةِ الثِّيَابِ . وَيَجُوزُ هَدِيَّتُهُ لِلْمَأْكُولِ ، وَإِعَارَةُ دَابَّتِهِ .

الشرح الكبير

١٩٨٢ – مسألة : (ولا يَصِحُّ تَبَرُّعُ المأْذُونِ له بهِبَةِ الدَّراهِمِ وكُسْوَةِ الثِّيابِ) لأنَّ ذلك ليس مِن[1] التِّجارَةِ، ولا يُحْتاجُ إليه فيها، فأشْبَهَ غيرَ المَأْذُونِ له .

١٩٨٣ – مسألة : (وتَجُوزُ هَدِيَّتُه للمَأْكُولِ ، وإعارَةُ دابَّتِه) واتِّخاذُ الدَّعْوَةِ ما لم يَكُنْ إسْرافًا . وبه قال أبو حَنِيفَةَ . وقال الشافعيُّ : لا يَجُوزُ ذلك بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه ؛ لأنه تَبَرُّعٌ بمالِ مَوْلاه ، فلم يَجُزْ ، كهِبَةِ الدَّراهِمِ . ولَنا ، أنَّ النَّبيَّ ﷺ كان يُجِيبُ دَعْوَةَ المَمْلُوكِ[2] . ورَوَى أبو سعيدٍ مَوْلَى أبى[3] أَسِيدٍ ، أنَّه تزَوَّجَ ، فحَضَرَ دَعْوَتَه أُناسٌ مِن

الإنصاف

قوله : ولا يَصِحُّ تَبَرُّعُ المأْذُونِ له بهِبَةِ الدَّراهِمِ وكُسْوَةِ الثِّيابِ . بلا نِزاعٍ .

قوله : ويجوزُ – يعْنِى للعَبْدِ – هَدِيَّته للمأْكُولِ وإعَارَةُ دَابَّتِه . وكذا عمَلُ دَعْوَةٍ ونحوُه ، مِن غيرِ إسْرافٍ فى الكُلِّ . وهذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى »، و « المُحَرَّرِ »، و « الشَّرْحِ »، و « التَّلْخيصِ »، و « الرِّعايتَيْن »،

---

(١) فى الأصل : « فى » .

(٢) أخرجه الترمذى ، فى : باب آخر ، من أبواب الجنائز . عارضة الأحوذى ٤ / ٢٣٥ . وابن ماجه ، فى : باب ما للعبد أن يعطى ويتصدق ، من كتاب التجارات ، وفى : باب البراءة من الكبر والتواضع ، من كتاب الزهد . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٧٠ ، ١٣٩٨ .

(٣) فى م : « بنى » .

المقنع

وَهَلْ لِغَيْرِ الْمَأْذُونِ الصَّدَقَةُ مِنْ قُوتِهِ بِالرَّغِيفِ إِذَا لَمْ يَضُرَّ بِهِ وَنَحْوِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

أَصْحابِ رسولِ اللهِ ﷺ ، منهم عبدُ اللهِ بنُ مسعودٍ ، وحُذَيْفَةُ ، وأبو ذَرٍّ ، فأَمَّهم ، وهو يَوْمَئِذٍ عَبْدٌ . رَواه صالِحٌ[1] فى « مَسائِلِه » بإسْنادِه[2] . ولأَنَّه ممّا جَرَتْ به عادَةُ التُّجارِ فيما بينَهم ، فيَدْخُلُ فى عُمُومِ الإِذْنِ .

١٩٨٤ – مسألة : (وهل لغيرِ المَأْذُونِ له الصَّدَقَةُ مِن قُوتِه بالرَّغِيفِ ونحوِه ، إذا لم يَضُرَّ به ؟ على رِوايَتَيْن) إحْداهُما ، ليس له ذلك ؛ لأنَّ المالَ لسَيِّدِه ، وإنَّما أَذِنَ له فى الأكْلِ ، فلم يَمْلِكِ الصَّدَقَةَ به ، كالضَّيْفِ ، لا[3] [١٣٠/٤ظ] يَتَصَدَّقُ بما أُذِن له فى أَكْلِه . والثانيةُ ، يَجُوزُ ؛ لأَنَّه ممّا جَرَتِ العادَةُ بالمُسامَحةِ فيه والإِذْنِ عُرْفًا ، فجاز ، كصَدَقَةِ المرأةِ مِن بَيْتِ زَوْجِها .

الإنصاف

و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : لا يجوزُ . اخْتارَه الأَزَجِىُّ .

قوله : وهل لغيرِ المَأْذُونِ له الصَّدَقَةُ مِن قُوتِه بالرَّغيفِ إذا لم يَضُرَّ به ؟ على رِوايتَيْن . يعْنِى للعَبْدِ . وأَطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الفائقِ » ؛ إحْداهما ، يجوزُ له ذلك . وهو المذهبُ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » ،

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) تقدم تخريجه فى ٣٤٨/٤ ، ٣٤٩ .

(٣) فى م : « ولا » .

المقنع [١٢٠و] وَهَلْ لِلْمَرْأَةِ الصَّدَقَةُ مِنْ بَيْتِ زَوْجِهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ بِنَحْوِ ذَلِكَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير ١٩٨٥ - مسألة : (وهل للمرأةِ الصَّدَقَةُ مِن بَيْتِ زَوْجِها بغيرِ إذْنِه بنَحْوِ ذلك ؟ على رِوايَتَيْن) إحْداهما ، يَجُوزُ ؛ لأنَّ عائشةَ قالت : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَا أَنفَقَتِ الْمَرْأَةُ مِنْ بَيْتِ زَوْجِهَا ، غَيْرَ مُفْسِدَةٍ ، كَانَ لَهَا أَجْرُهَا ، وَلَهُ مِثْلُهُ بِمَا كَسَبَ ، وَلَهَا بِمَا أَنفَقَتْ ، وَلِلْخَازِنِ مِثْلُ ذَلِكَ ، مِنْ غَيْرِ أَنْ يَنْقُصَ مِنْ أُجُورِهِمْ شَيْءٌ » . ولم يَذْكُرْ إذْنًا . وعن أسماءَ ، أنَّها جاءَتِ النبيَّ ﷺ ، فقالت : يا رسولَ اللهِ ، ليس لى(١) شىءٌ إلَّا ما أَدْخَلَ عَلَيَّ الزُّبَيْرُ ، فهل عَلَيَّ جُناحٌ أن أرْضَخَ(٢) ممّا يُدْخِلُ عَلَيَّ ؟ قال : « ارْضَخِي مَا اسْتَطَعْتِ ، وَلَا تُوعِي(٣) ، (٤)فَيُوعِيَ اللهُ(٤) عَلَيْكِ » . مُتَّفَقٌ

الإنصاف وغيرِهما . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ وغيرُه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، لا يجوزُ .

فائدة : لا تصِحُّ هِبَةُ العَبْدِ إلَّا بإذْنِ سيِّدِه . نصَّ عليه فى رِوايَةِ حَنْبَلٍ . قال الحارِثِيُّ : وهذا على كِلا الرِّوايتَيْن ؛ المِلْكِ ، وعدَمِه .

قوله : وهل للمَرْأةِ الصَّدَقَةُ مِن بَيْتِ زَوْجِها بغيرِ إذْنِه بنَحْوِ ذلك ؟ على رِوايَتَيْن .

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) أى : أعطى شيئا قليلا .

(٣) أى : لاتشحى بالنفقة .

(٤ - ٤) فى الأصل ، ر ، ق : « فيوعى » .

الشرح الكبير

عليهما[1] . ورُوِىَ أنَّ امرأةً أتَتِ النبىَّ ﷺ ، فقالت : يا رسولَ اللهِ ، إنّا كَلٌّ على أزْواجِنا وآبائِنا[2] ، فما يَحِلُّ لَنا مِن أمْوالِهم ؟ قال : « الرَّطْبُ[3]

الإنصاف

وأطْلَقهما فى « الهِدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الكافِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الفائقِ » ؛ إحْداهما ، يجوزُ . وهو المذهبُ . وصحَّحه المُصَنِّفُ [٢/ ١٤٦ظ] ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » . قال النَّاظِمُ وغيرُه : لها ذلك ما لم يَمْنَعْها . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأَزَجِىِّ » ، وغيرِهم . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » ، وغيرُه . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ،

---

(١) أخرج الأول ، البخارى فى : باب من أمر خادمه بالصدقة و لم يناول بنفسه ، وباب أجر الخادم إذا تصدق ... ، وباب أجر المرأة إذا تصدقت ... ، من كتاب الزكاة ، وفى باب قول الله تعالى : ﴿ أنفقوا من طيبات ما كسبتم ﴾ ، من كتاب البيوع . صحيح البخارى ٢/١٣٩ ، ١٤١ ، ١٤٢ ، ٣/٧٣ . ومسلم ، فى : باب أجر الخازن الأمين والمرأة إذا تصدقت ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢/٧١٠ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب المرأة تتصدق من بيت زوجها ، من كتاب الزكاة . سنن أبى داود ١/٣٩١ ، ٣٩٢ . والترمذى ، فى : باب فى نفقة المرأة من بيت زوجها ، من أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ٣/١٧٧ . والنسائى ، فى : باب صدقة المرأة من بيت زوجها ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥/٤٩ . وابن ماجه ، فى : باب ما للمرأة من مال زوجها ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٧٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/٤٤ .

والثانى أخرجه البخارى ، فى : باب الصدقة فى ما استطاع ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب هبة المرأة لغير زوجها ... ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ٢/١٤١ ، ٣/٢٠٧ . ومسلم ، فى : باب الحث فى الإنفاق وكراهة الإحصاء ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢/٧١٤ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب الإحصاء فى الصدقة ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥/٥٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/٣٤٥ ، ٣٤٦ ، ٣٥٣ .

(٢) فى م : « أبنائنا » .

(٣) الرطب : ما لا يدخر ولا يبقى كالفواكه والبقول والأطبخة . النهاية فى غريب الحديث ٢/٢٣٢ .

الشرح الكبير

تأْكُلِينَهُ وَتُهْدِينَهُ »[1] . ولأنَّ العادَةَ السَّماحُ بذلك ، وطِيبُ النَّفْسِ به ، فجَرَى مَجْرَى صَرِيحِ الإذْنِ ، كما أنَّ تَقْدِيمَ الطَّعامِ بينَ يَدَىِ الأَكَلَةِ قام مَقامَ صَرِيحِ الإذْنِ فى أكْلِه . والثانيةُ ، لا يَجُوزُ ؛ لِما[2] رَوَى أبو أُمامَةَ الباهِلِىُّ ، قال : سَمِعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ يَقُولُ : « لَا تُنْفِقُ الْمَرْأَةُ شَيْئًا مِنْ بَيْتِهَا إلَّا بِإذْنِ زَوْجِهَا » . قِيلَ : يا رسولَ اللهِ ، ولا الطَّعامَ ؟ قال : « ذَاكَ أَفْضَلُ أَمْوالِنَا » . رَواه سعيدٌ فى « سُنَنِه »[3] . وقال النبىُّ ﷺ : « لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلَّا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ »[4] . وقال : « إنَّ اللهَ حَرَّمَ بَيْنَكُمْ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ ، كحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هذا ، فِى شَهْرِكُمْ هذا ، فِى بَلَدِكُمْ هذَا »[5] . ولأنَّه تَبَرُّعٌ بمالِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فلم يَجُزْ ، كغيرِ الزَّوْجَةِ . والصَّحِيحُ الأوَّلُ ؛ لأنَّ الأحادِيثَ فيه خاصَّةٌ صَحِيحةٌ ، والخاصُّ يُقَدَّمُ على العامِّ ويُبَيِّنُه ، ويُعَرِّفُ أنَّ المرادَ بالعامِّ غيرُ الصُّورَةِ

الإنصاف

و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفُروعِ » ، وقال : والمُرادُ ، إلَّا أنْ يضْطَرِبَ العُرْفُ ، ويُشَكَّ فى رِضاه ، أو يكونَ بخِيلًا ، وتَشُكَّ فى رِضَاه ، فلا

---

(1) أخرجه أبو داود ، فى : باب المرأة تتصدق من بيت زوجها ، من كتاب الزكاة . سنن أبى داود ١/٣٩٢ .

(2) سقط من : الأصل .

(3) وأخرجه أبو داود ، فى : باب فى تضمين العارية ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٦٦ . والترمذى ، فى : باب فى نفقة المرأة من بيت زوجها ، من أبواب الزكاة ، وفى : باب ما جاء لا وصية لوارث ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٣/١٧٦ ، ١٧٧ ، ٨/٢٧٦ . وابن ماجه ، فى : باب ما للمرأة من مال زوجها ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٧٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/٢٦٧ .

(4) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٥/٧٢ ، ١١٣ . والدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى ٣/٢٦ .

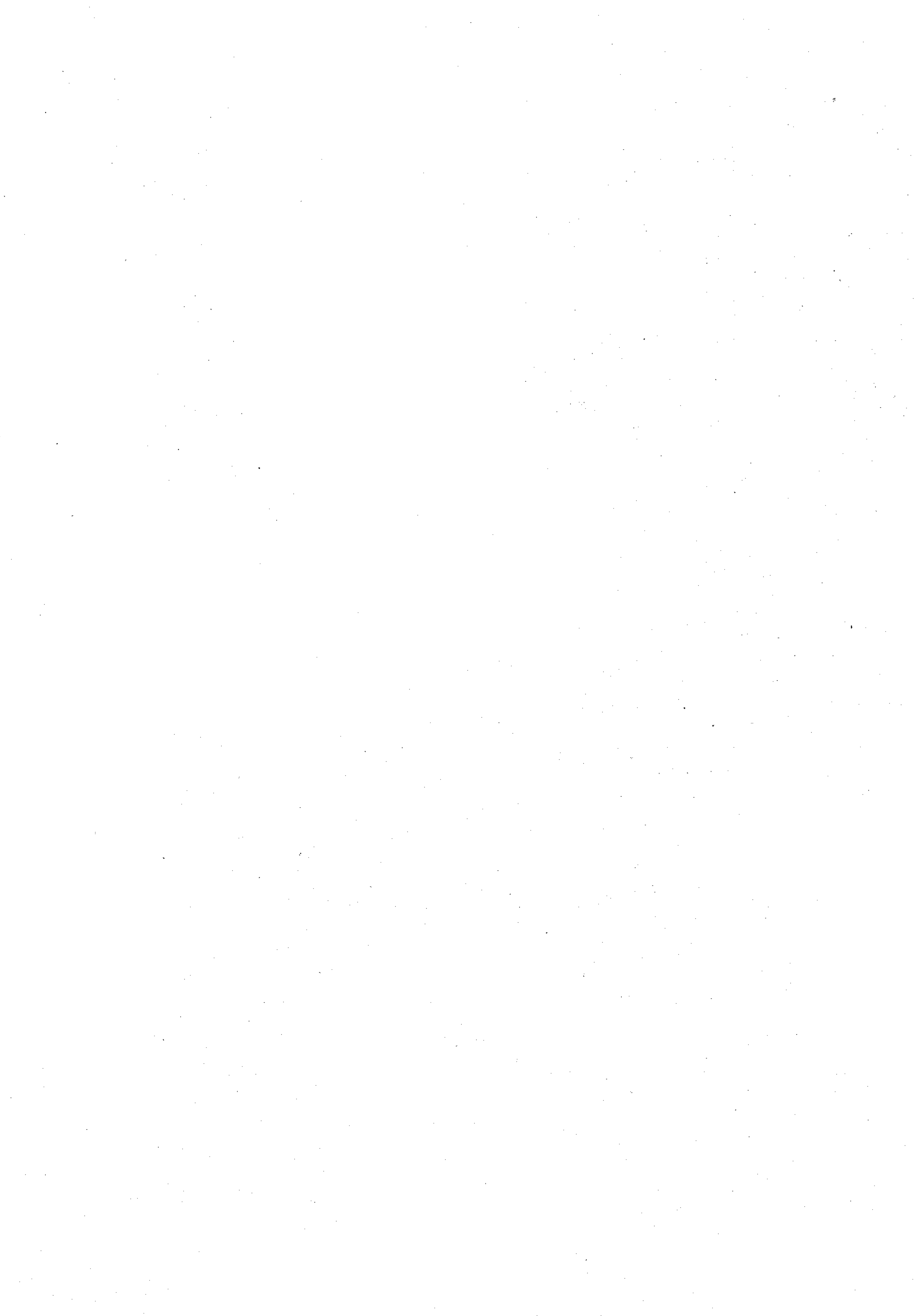
(5) تقدم تخريجه من حديث جابر الطويل فى صفة الحج فى ٨/٣٦٣ .

الشرح الكبير

المَخْصُوصَةِ ، والحديثُ الخاصُّ للرِّوايَةِ الثانيةِ ضعيفٌ . ولا يَصِحُّ قِياسُ المرأةِ على غيرِها ؛ لأنَّها بحُكْمِ العادَةِ تَتصَرَّفُ فى مالِ زَوْجِها ، وتَتَبَسَّطُ فيه ، وتَتَصَدَّقُ منه بحُضُورِه وغَيْبَتِه ، والإِذْنُ العُرْفِىُّ يَقُومُ مَقامَ الإِذْنِ الحَقِيقِىِّ ، فصار كأنَّه قال لها : افْعَلِى هذا . فأمَّا إن مَنَعَها ذلك ، وقال : لا تَتَصَدَّقِى بشىءٍ ، ولا تَتَبَرَّعِى مِن مالِى بقَلِيلٍ ولا كَثِيرٍ . لم يَجُزْ لها ذلك ؛ لأنَّ المَنْعَ الصَّرِيحَ يَنفِى الإِذْنَ العُرْفِىَّ . وكذلك لو كانتِ امْرَأَتُه مَمْنُوعَةً مِن التَّصَرُّفِ فى بَيْتِ زَوْجِها ، كالتى يُطْعِمُها بالفَرْضِ ، ولا يُمَكِّنُها مِن طَعامِه ، فهو كما لو مَنَعَها بالقولِ . فإن كان [٤/١٣١و] فى بَيْتِ الرجلِ مَن يَقُومُ مَقامَ امْرَأَتِه ، كجارِيَتِه وأُخْتِه وغُلامِه المُتَصَرِّفِ فى بَيْتِ سَيِّدِه وطَعامِه ، فهو كالزَّوْجَةِ فيما ذَكَرْنا ؛ لوُجُودِ المَعْنَى فيه . واللهُ أعلمُ .

الإنصاف

يصِحُّ . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، لا يجوزُ . نَقَلَها أبو طالِبٍ ، كصَدَقَةِ الرَّجُلِ مِن طَعامِ المَرْأةِ ، وكمَن يُطْعِمُها بفَرْضٍ ولم يعْلَمْ رِضاه . قال فى « الفُروعِ » : ولم يُفَرِّقْ أحمدُ .



المقنع

بَابُ الْوِكَالَةِ

....

الشرح الكبير

بابُ الوِكالَةِ

وهى جائِزَةٌ بالكِتابِ والسُّنَّةِ والإِجْماعِ ؛ أمّا الكِتابُ فقولُ اللهِ تعالى : ﴿ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱلْعَٰمِلِينَ عَلَيْهَا ﴾[1] . فَجَوَّزَ العَمَلَ عليها ، وذلك بحُكْمِ النِّيابَةِ عن المُسْتَحِقِّين . وأيضًا قولُه تعالى : ﴿ فَٱبْعَثُوٓا۟ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَآ أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ مِّنْهُ ﴾[2] . وهذه وَكالَةٌ . وأمّا السُّنَّةُ ، فرَوَى أبو داودَ ، والأَثْرَمُ ، وابنُ ماجَه[3] ، بإسْنادِهم ، عن عُرْوَةَ بن الجَعْدِ ، قال : عُرِض للنبىِّ ﷺ جَلَبٌ ، فأعْطانِى دِينارًا ، فقال : « يا عُرْوَةُ ، ائْتِ الْجَلَبَ ، فَاشْتَرِ لَنا شَاةً » . قال : فأتَيْتُ الجَلَبَ فساوَمْتُ صاحِبَه ، فاشْتَرَيْتُ شاتَيْن بدِينارٍ ، فجِئْتُ أسُوقُهما - أو أقُودُهما - فلقِيَنِى رَجلٌ بالطَّرِيقِ فساوَمَنِى ، فبِعْتُ منه شاةً بدِينارٍ ، فأتَيْتُ النبىَّ ﷺ بالدِّينارِ

الإنصاف

بابُ الوِكالَةِ

فائدة : الوَكالَةُ عِبارَةٌ عن إذْنٍ فى تَصَرُّفٍ يَمْلِكُه الآذِنُ فيما تَدْخُلُه النِّيابَةُ . قالَه فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » . وقال فى « الوَجيزِ » : هى عِبارَةٌ عن اسْتِنابَةِ الجائزِ التَّصَرُّفَ مِثْلَه ، فيما له فِعْلُه حالَ الحَياةِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هى فى الاصْطِلاحِ ، التَّفْويضُ فى شىءٍ خاصٌّ فى الحَياةِ . وليس بجامِعٍ . وقال فى « المُسْتَوْعِبِ » : هى عِبارَةٌ عن اسْتِنابَةِ الغَيْرِ فيما تَدْخُلُه النِّيابَةُ .

(١) سورة التوبة ٦ .
(٢) سورة الكهف ١٩ .
(٣) تقدم تخريجه فى ٥٦/١١ .

المقنع

تَصِحُّ الْوَكَالَةُ بِكُلِّ قَوْلٍ يَدُلُّ عَلَى الْإِذْنِ ، وَكُلِّ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ يَدُلُّ عَلَى الْقَبُولِ .

الشرح الكبير

وبالشّاةِ ، فقُلْتُ : يا رسولَ اللهِ : هذا دِينارُكم وهذه شاتُكم . قال : « وَصَنَعْتَ كَيْفَ ؟ » قال : فحدّثْتُه الحديثَ . فقال : « اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُ فِي صَفْقَةِ يَمِينِه » . هذا لَفْظُ رِوايةِ الأثْرَمِ . ورَوى أبو داودَ[1] بإسْنادِه عن جابرِ بنِ عبدِ اللهِ ، قال : أرَدْتُ الخُرُوجَ إلى خَيْبَرَ ، فأتَيْتُ رسولَ اللهِ ﷺ وقُلْتُ : إنِّي أرَدْتُ الخُرُوجَ إلى خَيْبَرَ . فقال : « ائْتِ وَكِيلِي ، فَخُذْ مِنْهُ خَمْسَةَ عَشَرَ وَسْقًا ، فَإِنِ ابْتَغَى مِنْكَ آيَةً ، فَضَعْ يَدَكَ عَلَى تَرْقُوَتِهِ » . ورُوِىَ عنه ﷺ أنَّه وَكَّلَ عمرَو بنَ أُمَيَّةَ الضَّمْرِىَّ فى قَبُولِ نِكاحِ أُمِّ حَبِيبَةَ ، وأبا رافِعٍ فى قَبُولِ نِكاحِ مَيْمُونَةَ[2] . وأجْمَعَتِ الأُمَّةُ على جَوازِ الوَكالةِ فى الجُمْلَةِ . ولأنَّ الحاجَةَ داعِيَةٌ إلى ذلك ؛ فإنَّه لا يُمْكِنُ كلَّ أحدٍ فِعْلُ ما يَحْتاجُ إليه بنَفْسِه .

١٩٨٦ – مسألة : (تَصِحُّ الوَكالَةُ بكلِّ قولٍ يَدُلُّ على الإذْنِ ، وكلِّ قولٍ أو فعلٍ يَدُلُّ على القَبُولِ) لا تَصِحُّ الوَكالَةُ إلَّا بالإيجابِ والقَبُولِ ؛ لأنَّه عَقْدٌ تَعَلَّقَ به حَقُّ كلِّ واحِدٍ منهما ، فافْتَقَرَ إلى الإيجابِ والقَبُولِ ،

الإنصاف

قوله : تَصِحُّ الوَكالَةُ بكُلِّ قَوْلٍ يَدُلُّ على الإذْنِ . كقَوْلِه : وَكَّلْتُك فى كذا . أو : فَوَّضْتُه إليك . أو : أذِنْتُ لك فيه . أو : بِعْه . أو : أعْتِقْه . أو : كاتِبْه . ونحوِ ذلك .

---

(١) فى : باب فى الوكالة ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢/٢٨٢ .

(٢) الأول أخرجه البيهقى ، فى : باب الوكالة فى النكاح ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧/١٣٩ . والثانى تقدم تخريجه فى ٨/٣٢٦ .

الشرح الكبير

كالبَيْعِ . والإيجابُ هو كلُّ لَفْظٍ دَلَّ على الإذْنِ ، نحوَ قَوْلِه : افْعَلْ كذا . وأذِنْتُ لك فى فِعْلِه . فإنَّ النبىَّ ﷺ [١٣١/٤ ظ] وَكَّلَ عُرْوَةَ بنَ الجَعْدِ فى شِراءِ شاةٍ بلَفْظِ الشِّراءِ . وكذلك قَوْلُه تعالى حكايَةً عن أهْلِ الكَهْفِ : ﴿ فَٱبْعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَآ أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ مِّنْهُ ﴾ . ولأنَّه لَفْظٌ دَلَّ على الإذْنِ ، فهو كقَوْلِه : وكَّلْتُك .

الإنصاف

هذا المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ . ونقَل جَعْفَرٌ ، إذا قال : بِعْ هذا . ليس بشىءٍ ، حتى يقولَ : وَكَّلْتُك . وتأوَّلَه القاضى على التَّأْكيدِ ؛ لنَصِّه على انْعِقادِ البَيْعِ باللَّفْظِ والمُعاطاةِ ، وكذا الوَكالَةُ . قال ابنُ عَقِيلٍ : هذا دَأْبُ شيْخِنا ، أنْ يَحْمِلَ كلامَ أحمدَ على أظْهَرِه ، ويصْرِفَه عن ظاهِرِه ، والواجِبُ أنْ يُقالَ : كلُّ لَفْظٍ رِوايَةٌ . ويُصَحِّحَ الصَّحيحَ[1] . قال الأَزَجِىُّ : يَنْبَغِى أنْ يُعَوَّلَ فى المذهبِ على هذا ؛ حتى لا يَصِيرَ المذهبُ رِوايَةً واحدَةً . وقال النَّاظِمُ :

وكلُّ مَقالٍ يُفْهِمُ[2] الإذْنَ صَحِّحَنْ ... به عقْدَها مِن مُطْلَقٍ ومُقَيَّدِ
وعنه : سِوى فَوَّضْتُ أمْرَ كذا له ... [3]ووكَّلْتُ فيه فارْدُدَنْهُ وبَعِّدِ[3]

تنبيه : ظاهرُ كلامِ المُصَنِّفِ وغيرِه ، عدَمُ صِحَّةِ الوَكالَةِ بالفِعْلِ الدَّالِّ عليها مِنَ المُوَكِّلِ . وهو صحيحٌ . وقال فى « الفُروعِ » : دلَّ كلامُ القاضى المُتقَدِّمُ على انْعِقادِ الوَكالَةِ بالفِعْلِ ، مِنَ المُوَكِّلِ ، الدَّالِّ عليها ، كالبَيْعِ . قال : وهو ظاهرُ كلامِ الشَّيْخِ ، يعْنِى به المُصَنِّفَ ، فى مَن دفَع ثَوْبَه إلى قَصَّارٍ ، أو خَيَّاطٍ . وهو أظْهَرُ . انتهى .

---

(١) فى الأصل ، ط : « التصحيح » .
(٢) فى النسخ : « يفهم منه » ، وهى زيادة على الوزن .
(٣ - ٣) كذا فى النظم . وفى النسخ : « ووكلته فيه اردده فبعد » .

المقنع

وَيَصِحُّ الْقَبُولُ عَلَى الْفَوْرِ وَالتَّرَاخِي ، بِأَنْ يُوَكِّلَهُ فِي بَيْعِ شَيْءٍ ، فَيَبِيعَهُ بَعْدَ سَنَةٍ ، أَوْ يُبَلِّغَهُ أَنَّهُ وَكَّلَهُ مُنْذُ شَهْرٍ ، فَيَقُولَ : قَبِلْتُ .

الشرح الكبير

وَيكْفِي في القَبُولِ قَوْلُه : قَبِلْتُ . وكُلُّ لَفْظٍ دَلَّ عليه . ويجُوزُ بكلِّ فِعْلٍ دَلَّ عليه أيضًا ، نحوَ أن يَفْعَلَ ما أمَرَه بفِعْلِه ؛ لأنَّ الذين وَكَّلَهم النبيُّ ﷺ لم يُنْقَلْ عنهم سِوَى امْتِثالِ أمْرِه . ولأنَّه إذْنٌ في التَّصَرُّفِ ، فجازَ القَبُولُ فيه[1] بالفِعْلِ ، كأكْلِ الطَّعامِ .

١٩٨٧ – مسألة : (ويَجُوزُ القَبُولُ على الفَوْرِ والتَّراخِي ، نحوَ أن يُوَكِّلَه في بَيْعِ شيءٍ ، فيَبِيعَه بعدَ سَنَةٍ ، أو يُبَلِّغَه أنَّه وَكَّلَه منذُ شَهْرٍ ، فيقولَ : قَبِلْتُ) لأنَّ قَبُولَ وُكَلاءِ النبيِّ ﷺ كان بفِعْلِهم ، وكان مُتَراخِيًا عن تَوْكِيلِه إيّاهم ، ولأنَّه إذْنٌ في التَّصرُّفِ ، والإِذْنُ قائِمٌ[2] ما لم يَرْجِعْ عنه ، أشْبَهَ الإِباحَةَ . وهذا كلُّه مَذْهَبُ الشافعيِّ .

الإنصاف

قوله : وكُلُّ قَوْلٍ أو فِعْلٍ يَدُلُّ على القَبُولِ . يصِحُّ القَبُولُ بكُلِّ قوْلٍ مِنَ الوَكِيلِ يدُلُّ عليه ، بلا نِزاعٍ . وكذا كلُّ فِعْلٍ يدُلُّ عليه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به في « الوَجيزِ » وغيرِه ، وصحَّحه . وقدَّمه في « الفُروعِ » وغيرِه . قال في « القَواعِدِ » : صرَّح به الأصحابُ . وقيل : لا ينْعَقِدُ القَبُولُ بالفِعْلِ .

فوائد ؛ الأُولَى ، مِثْلُ ذلك سائرُ العُقودِ الجائزَةِ ؛ كالشَّرِكَةِ ، والمُضارَبَةِ ، والمُساقاةِ ، في أنَّ القَبُولَ يصِحُّ بالفِعْلِ . قال في « القَواعِدِ » : ظاهِرُ كلامِ صاحبِ

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في ق : « دائم » .

الشرح الكبير

فصل : ويَجُوزُ تَعْلِيقُها على شَرْطٍ ، نحوَ قَوْلِه : إذا قَدِم الحاجُّ فافْعَلْ كذا . أو : إذا جاء الشِّتاءُ فاشْتَرِ لنَا كذا . و : إذا جاء الأضْحَى فاشْتَرِ لنَا أُضْحِيَةً . و : إذا طَلَب منك أهْلِي[1] شيئًا فادْفَعْه إليهم . و : إذا دَخَل رَمَضانُ فقد وَكَّلْتُك فى كذا . أو : فأَنْتَ وَكِيلِى . وبهذا قال أبو حَنِيفَةَ . وقال الشافعيُّ : لا تَصِحُّ ، لكنْ إن تَصَرَّفَ صَحَّ تَصَرُّفُه ؛ لوُجُودِ الإذْنِ ، وإن كان وَكِيلًا بجُعْلٍ ، فَسَد المُسَمَّى ، وله أجْرُ المِثلِ ؛ لأنَّه عَقْدٌ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ به فى الحَياةِ ، أشْبَهَ البَيْعَ . ولنا ، أنَّ النبيَّ ﷺ قال : « أمِيرُكُمْ زَيْدٌ ، فَإنْ قُتِلَ فَجَعْفَرٌ ، فإن قُتِلَ فَعَبْدُ اللهِ بنُ رَوَاحَةَ »[2] . وهذا فى مَعْناه ، ولأنَّه عَقْدٌ اعْتُبِرَ فى حَقِّ الوَكِيلِ[3] حُكْمُهُ ، وهو إباحَةُ التَّصَرُّفِ وصِحَّتُه ، فكان صَحِيحًا ، كما لو قال : أنت وَكِيلِى فى بَيْعِ عَبْدِى إذا قَدِمَ الحاجُّ . ولأنَّه لو قال : وَكَّلْتُك فى شِراءِ كذا فى وَقْتِ كذا . صَحَّ بلا خلافٍ ، ومَحَلُّ النِّزاعِ فى مَعْناه . ولأنَّه إذْنٌ فى التَّصَرُّفِ ، أشْبَهَ الوَصِيَّةَ والتَّأْمِيرَ ، ولأنَّه عَقْدٌ (٤يَصِحُّ بغيرِ جُعْلٍ٤) ، ولا يَخْتَصُّ فاعِلُه أن يكونَ مِن أهْلِ القُرْبَةِ ، فصَحَّ بالجُعْلِ ، كالتَّوْكِيلِ النّاجِزِ .

الإنصاف

« التَّلْخيصِ » ، أو صَرِيحُه ، أنَّ هذه العُقُودَ مِثْلُ الوَكالَةِ . الثَّانيةُ ، يُشْتَرطُ لصِحَّةِ الوَكالَةِ تَعْيِينُ الوَكيلِ . قالَه القاضى ، وأصحابُه ، وغيرُهم ، فى مَسْأَلَةِ : تصَدَّقْ

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب غزوة مؤتة من أرض الشام ، من كتاب المغازى . صحيح البخارى ١٨١/٥ ، ١٨٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٠٤/١ ، ٢٥٦ ، ٢٩٩/٥ ، ٣٠٠ .

(٣) زيادة من : م .

(٤ - ٤) جاء هذا فى الأصل ، ر ، ق بعد قوله : « أن يكون من أهل القربة » فى السطر التالى .

المقنع وَلَا يَجُوزُ التَّوْكِيلُ وَالتَّوَكُّلُ فِى شَىْءٍ ، إِلَّا مِمَّنْ يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ .

الشرح الكبير **١٩٨٨** – مسألة : (ولا يَصِحُّ التَّوكِيلُ والتَّوَكُّلُ فى شىءٍ ، إلَّا ممَّن يَصِحُّ تَصَرُّفُه فيه) لأنَّ مَن (١)لا يَصِحُّ(١) تَصَرُّفه بنفْسِه ، فبنائِبِه أوْلَى . وكلُّ مَن صَحَّ تَصَرُّفُه فى شىءٍ بنَفْسِه ، وكان ممّا تَدْخُلُه النِّيابَةُ ، صَحَّ أن يُوَكِّلَ فيه ، رَجلًا كان أو امرأةً ، حُرًّا أو عَبْدًا ، مُسْلِمًا أو كافِرًا . فأمّا

الإنصاف بالدَّيْنِ الذى عليك . وقال أبو الخَطَّابِ فى « الانْتِصارِ » : لو وَكَّلَ زيْدًا ، وهو لا يعْرِفُه ، أو لم يعْرِفِ الوَكِيلُ مُوَكِّلَه ، لم تصِحَّ . الثَّالثةُ ، تصِحُّ الوَكالَةُ مُؤَقَّتَةً ، بلا نِزاعٍ ، ومُعَلَّقَةً بشَرْطٍ – على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه ، وقطَع به أكثرُهم ؛ كوَصِيَّةٍ ، وإباحَةِ أكْلٍ ، وقَضاءٍ ، وإمارَةٍ ، وكتَعْليقِ تصَرُّفٍ – كقَوْلِه : وَكَّلْتُك الآنَ أنْ تَبِيعَ بعدَ شَهْرٍ . أو : تَعْتِقَه إذا جاءَ المَطَرُ . أو : تُطَلِّقَ هذه إذا جاءَ زَيْدٌ . وقال فى « عُيونِ المَسائلِ » ، فى تَعْلِيقِ وَقْفٍ بشَرْطٍ : لا يصِحُّ تَعْلِيقُ تَوْكيلٍ ؛ لأنَّه علَّقه بصفَةٍ ، وأنَّه يصِحُّ تَعْلِيقُ تصَرُّفٍ . وقيل : لا يصِحُّ تَعْليقُ فَسْخٍ . الرَّابعةُ ، لو أبَى أنْ يقْبَلَ الوَكالَةَ ؛ قوْلًا أو فِعْلًا ، فهو كعَزْلِه نفْسَه . قالَه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . قلتُ : ويَحْتَمِلُ لا .

قوله : ولا يجوزُ التَّوْكِيلُ والتَّوَكُّلُ فى شىءٍ ، إلَّا مِمَّن يَصِحُّ تَصَرُّفُه فيه . وهذا المذهبُ مِن حيثُ الجُمْلَةُ . فعلى هذا ، لو وَكَّلَه فى بَيْعِ ما سيَمْلِكُه ، أو فى طَلاقٍ ممَّن يتزَوَّجُها ، لم يصِحَّ ؛ إذِ البَيْعُ والطَّلاقُ لم يَمْلِكْه فى الحالِ . ذكَرَه الأَزَجِىُّ . وذكَر غيرُه ؛ منهم صاحِبُ « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ، لو قال : إنْ تزَوَّجْتُ هذه ، فقد وَكَّلْتُك فى طَلاقِها ، وإنِ اشْتَرَيْتُ هذا العَبْدَ ، فقد وَكَّلْتُك فى عِتْقِه . صحَّ إنْ قُلْنا :

(١ – ١) فى م : « يصح » .

الشرح الكبير

مَن يَتصرَّفُ بالإذْنِ ؛ كالعَبْدِ المَأْذُونِ له ، والوَكِيلِ ، والمُضارِبِ ، فلا يَدْخُلُون [١٣٢/٤ و] فى هذا ، لكنْ يَصِحُّ مِن العَبْدِ التَّوْكِيلُ فيما يَمْلِكُه دُون سَيِّدِه ، كالطَّلاقِ والخُلْعِ . وكذلك الحُكْمُ فى المَحْجُورِ عليه لسَفَهٍ ، لا يُوَكِّلُ إلَّا فيما له فِعْلُه ، كالطَّلاقِ ، والخُلْعِ ، وطَلَبِ القِصاصِ . وكلُّ (١ ما صَحَّ أن ١) يَسْتَوْفِيَه بنَفْسِه وتَدْخُلُه النِّيابَةُ ، صَحَّ أن يَتوَكَّلَ لغيرِه فيه ، إلَّا الفاسِقَ ، فإنَّه يَصِحُّ (١ أن يَقْبلَ ١) النِّكاحَ لنَفْسِه . وذَكَر القاضى أنَّه لا يجُوزُ أن يَقْبَلَه لغيرِه . وظاهِرُ كَلامِ شيخِنا فى الكِتابِ المَشْرُوحِ ، أنَّه يَصِحُّ . وهو قولُ أبى الخَطّابِ . وهو القِياسُ . ولأصْحابِ الشافعىِّ وَجْهان كهَذَين . فأمّا تَوْكِيلُه فى الإيجابِ ، فلا يَجُوزُ إلَّا على الرِّوايَةِ التى تُثْبِتُ الوِلايةَ له . وذَكَر أصْحابُ الشافعىِّ فى ذلك وَجْهَيْن ؛ أحَدُهما ، يَجُوزُ ؛ لأنَّه ليس بولِىٍّ . والثانى ، لا يَجُوزُ ؛ لأنَّه مُوجِبٌ للنِّكاحِ ، أشْبَهَ الوَلِىَّ . ولأنَّه لا يَجُوزُ أن يَتولَّى ذلك بنَفْسِه ،

الإنصاف

يصِحُّ تعْليقُهما على مِلْكِهما . وإلَّا فلا . وقال فى « التَّلْخيصِ » : قِياسُ المذهبِ ، صِحَّةُ ما إذا قال : إنْ تَزَوَّجْتُ فُلانَةَ ، فقد وَكَّلْتُك [٢/ ١٤٧و] فى طَلاقِها . قال فى « القَواعِدِ » : ويتخَرَّجُ وَجْهٌ ، لا يصِحُّ .

تنبيه : يُسْتَثْنَى مِن هذه القاعِدَةِ صِحَّةُ تَوْكيلِ الحُرِّ الواجِدِ الطَّوْلَ فى قَبُولِ نِكاحِ الأَمَةِ لمَن تُباحُ له ، وصِحَّةُ تَوْكيلِ الغَنِىِّ فى قَبْضِ الزَّكاةِ لفَقِيرٍ ؛ لأنَّ سَلْبَهما القُدْرَةَ تَنْزِيهٌ ، لمَعْنًى يقْتَضِى مَنْعَ الوَكالَةِ . قالَه الأصحابُ . وليس للمَرأةِ أنْ تُطَلِّقَ نفْسَها ،

(١ - ١) سقط من : الأصل .

المقنع وَيَجُوزُ التَّوْكِيلُ فِى كُلِّ حَقٍّ آدَمِيٍّ مِنَ الْعُقُودِ، وَالْفُسُوخِ، وَالْعِتْقِ،

الشرح الكبير فلم يَجُزْ أن يَتَوكَّلَ فيه ، كالمرأةِ . ويَصِحُّ تَوْكِيلُ المرأةِ فى طَلاقِ نَفْسِها وغيرِها . ويَصِحُّ تَوْكِيلُ العَبْدِ فى قَبُولِ النِّكاحِ ؛ لأنَّه ممَّن يَجُوزُ أن يقبلَ لنفسِه ، وإنَّما يَقِفُ ذلك على إذْنِ سَيِّدِه ؛ ليَرْضَى بتَعلُّقِ الحُقُوقِ به . ومَن لا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فى شىءٍ لنَفْسِه ، لا يَصِحُّ أن يَتَوكَّلَ فيه ، كالمرأةِ فى عَقْدِ النِّكاحِ وقَبُولِه ، والكافِرِ فى تَزْوِيجِ مُسْلِمَةٍ ، والطِّفْلِ والمَجْنُونِ فى الحُقُوقِ كُلِّها . وللمُكاتَبِ أن يُوَكِّلَ فيما يَتَصَرَّفُ فيه بنَفْسِه . وله أن يَتَوكَّلَ بجُعْلٍ ؛ لأنَّه مِن اكْتِسابِ المالِ ، ولا يُمْنَعُ مِن الاكْتِسابِ . وليس له أن يَتَوكَّلَ بغيرِ جُعْلٍ إلَّا بإذْنِ سَيِّدِه ؛ لأنَّ مَنافِعَه كأعْيانِ مالِه ، وليس له بَذْلُ عَيْنِ مالِه بغيرِ عِوَضٍ . وتَصِحُّ وَكالَةُ الصَّبِىِّ المُمَيِّزِ بإذْنِ الوَلِىِّ ، بِناءً على صِحَّةِ تَصَرُّفِه بإذْنِه .

١٩٨٩ – مسألة : (ويَجُوزُ التَّوْكِيلُ فى كلِّ حَقٍّ آدمِىٍّ مِن العُقُودِ ،

الإنصاف ويجوزُ أنْ تُطَلِّقَ نفْسَها بالوَكالَةِ ، وامْرأةً غيرَها . ويجوزُ للرَّجُلِ أنْ يقْبَلَ نِكاحَ أُخْتِه مِن أبِيه لأَجْنَبِىٍّ ، ونحوِ ذلك . قالَه فى « الوَجيزِ » وغيرِه .

فائدة : صِحَّةُ وَكالَةِ المُمَيِّزِ فى الطَّلاقِ وغيرِه ، مَبْنِىٌّ على صِحَّتِه منه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وفى « الرِّعايَةِ » ، فيه لنَفْسِه ، أو غيرِه رِوايَتان بلا إذْنٍ ، وفيه فى المذهبِ لنَفْسِه رِوايَتان . ويأْتِى فى كلامِ المُصَنِّفِ ، لو وَكَّلَ العَبْدُ فى شِراءِ نفْسِه مِن سيِّدِه . وأحْكامٌ أُخَرُ .

قوله : ويجوزُ التَّوْكِيلُ فى حَقِّ كُلِّ آدَمِىٍّ ؛ مِنَ العُقُودِ ، والفُسُوخِ ، والعِتْقِ ، والطَّلاقِ ، والرَّجْعَةِ . يشْمَلُ كلامُه ؛ الحَوالَةَ ، والرَّهْنَ ، والضَّمانَ ، والكَفالَةَ ،

المقنع

وَالطَّلَاقِ ، وَالرَّجْعَةِ ، وَتَمَلُّكِ الْمُبَاحَاتِ مِن الصَّيْدِ وَالْحَشِيشِ ، وَنَحْوِهِ ، إِلَّا الظِّهَارَ ، وَاللِّعَانَ ، وَالْأَيْمَانَ .

الشرح الكبير

والفُسُوخِ ، والعِتْقِ ، والطَّلاقِ ، والرَّجْعَةِ ، وتَمَلُّكِ المُباحاتِ مِن الصَّيْدِ والحَشِيشِ ، ونحوِه ، إلَّا الظِّهارَ ، واللِّعانَ ، والأيمانَ) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ التَّوْكيلَ يَجُوزُ فى الشِّراءِ ، والبَيْعِ ، ومُطالَبةِ الحُقُوقِ ، والعِتْقِ ، والطَّلاقِ ، حاضِرًا كان المُوَكِّلُ أو غائِبًا . وقد ذَكَرْنا الدَّليلَ على ذلك مِن الآيَةِ والخَبَرِ ، والحاجَةُ تَدْعُو إليه ؛ لأنَّه قد يكونُ ممَّن لا يُحْسِنُ البَيْعَ والشِّراءَ ، أو لا يُمْكِنُه الخُرُوجُ إلى السُّوقِ ، وقد يكونُ له مالٌ ولا يُحْسِنُ التِّجارةَ فيه ، وقد يُحْسِنُ ولا يَتفرَّغُ ، وقد لا تَليقُ به التِّجارَةُ لكَوْنِه امرأةً ، أو ممَّن يتَعَيَّرُ بها ويَحُطُّ ذلك مِن مَنْزِلَتِه ، فأباحَها الشَّرْعُ دَفْعًا للحاجَةِ ، وتَحْصِيلًا لمَصْلحَةِ [١٣٢/٤ ظ] الآدَمِيِّ المَخْلُوقِ لِعبادَةِ اللهِ

الإنصاف

والشَّرِكَةَ ، والوَدِيعَةَ ، والمُضارَبةَ ، والجَعالَةَ ، والمُساقاةَ ، والإجارَةَ ، والقَرْضَ ، والصُّلْحَ ، والهِبَةَ[1] ، والصَّدقَةَ ، والوَصِيَّةَ ، والإبْراءَ ، ونحوَ ذلك . لا نعْلَمُ فيه خِلافًا . وكذا المُكاتَبَةُ ، والتَّدْبيرُ ، والإنْفاقُ ، والقِسْمَةُ ، والحُكومَةُ . وكذا الوَكالَةُ فى الوَقْفِ . ذكَرَه الزَّرْكَشِيُّ ، وابنُ رَزِينٍ . وحَكاه فى الجميعِ إجْماعًا .

تنبيه : قولُه : والعِتْقِ ، والطَّلاقِ . يجوزُ التَّوْكيلُ فى العِتْقِ ، والطَّلاقِ ، بلا نِزاعٍ . لكنْ لو وَكَّلَ عبْدَه أو غَرِيمَه أو امْرأتَه فى إعْتاقِ عَبِيدِه، وإبْراءِ غُرَمائِه، وطَلاقِ

---

(١) فى الأصل : « الهدنة » ، فى ط : « الهدية » .

الشرح الكبير

سبحانَه . وكذلك يَجُوزُ التَّوْكِيلُ فى الحَوالَةِ ، والرَّهْنِ ، والضَّمانِ ، والكَفالَةِ ، والشَّرِكَةِ ، والوَدِيعةِ ، والمضارَبَةِ ، والجَعالَةِ ، والمُساقاةِ ، والإجارَةِ ، والقَرْضِ ، والصُّلْحِ ، والهِبَةِ ، والصَّدَقَةِ ، والوَصيَّةِ ، والفَسْخِ ، والإبْراءِ ؛ لأنَّها فى مَعْنَى البَيْعِ فى الحاجَةِ إلى التَّوْكيلِ فيها ، فيَثْبُتُ فيها حُكْمُه . ولا نَعْلَمُ فيه خِلافًا . ويَجُوزُ التَّوْكِيلُ فى الخُلْعِ والرَّجْعَةِ ؛ لأنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إليه ، كدُعائِها إلى التَّوْكِيلِ فى البَيْعِ . ويَجُوزُ التَّوْكِيلُ فى تَحْصِيلِ المُباحاتِ ؛ كإحْياءِ المَواتِ ، واسْتِقاءِ الماءِ ، والاصْطِيادِ ، والاحْتِشاشِ ؛ لأنَّها تَمَلُّكُ مالٍ بسَببٍ لا يَتَعَيَّنُ عليه ، فجاز التَّوْكِيلُ فيه ، كالابْتِياعِ والاتِّهابِ .

الإنصاف

نِسائِه ، لم يَمْلِكْ عِتْقَ نَفْسِه ، ولا طَلاقَها ، ولا إبْراءَها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : يَمْلِكُ ذلك . وجزَم به الأَزَجِيُّ فى العِتْقِ والإبْراءِ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو أُذِنَ له أنْ يتَصَدَّقَ بمالٍ ، لم يَجُزْ له أنْ يأْخُذَ منه لنَفْسِه ، إذا كان مِن أهْلِ الصَّدَقَةِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه ، فى رِوايَةِ ابنِ بَخْتانَ . ويَحْتَمِلُ الجوازَ . ويَحْتَمِلُ الجَوازَ إنْ دلَّتْ قَرِينَةٌ على إرادَةِ أخْذِه منه ، ويَحْتَمِلُ الجوازَ مُطْلَقًا . ذكَرَهما فى « المُغْنِى » . ويأْتِى فى أرْكانِ النِّكاحِ ، هل للوَكِيلِ فى النِّكاحِ أنْ يُزَوِّجَ نفْسَه ، أم لا ؟ الثَّانيةُ ، يجوزُ التَّوْكِيلُ فى الإقْرارِ . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ الوَكالَةَ فيه إقْرارٌ به . جزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، والفَخْرُ فى « طَرِيقَتِه » . قال فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » : والتَّوْكيلُ فى الإقْرارِ إقْرارٌ ، فى الأصحِّ . وقال فى « الكُبْرَى » : وفى صِحَّةِ التَّوْكيلِ فى الإقْرارِ والصُّلْحِ وَجْهان . وقيل : التَّوْكيلُ فى الإقْرارِ إقْرارٌ .

الشرح الكبير

فصل : ولا تَصِحُّ فى الأَيْمانِ والنُّذُورِ ؛ لأَنَّها تَتَعلَّقُ بعَيْنِ الحالِفِ والنّاذِرِ ، فأَشْبَهَتِ العِباداتِ البَدَنِيَّةَ والحُدُودَ . ولا تَصِحُّ فى الإِيلاءِ والقَسَامةِ واللِّعانِ ؛ لأَنَّها أَيْمانٌ . ولا فى الظِّهارِ ؛ لأَنَّه قولٌ مُنْكَرٌ وزُورٌ ، فلا يَجُوزُ فِعْلُه ولا الاسْتِنابَةُ فيه ، ولا تَجُوزُ فى القَسْمِ بينَ الزَّوْجات ؛ لأَنَّها تَتَعلَّقُ ببَدَنِ الزَّوْجِ لأَمْرٍ يَخْتَصُّ به . ولا فى الرِّضاعِ ؛ لأَنَّه يَخْتَصُّ بالمُرْضِعَةِ[1] بنباتِ لحْمِ المُرْتَضِعِ وإنْشازِ عَظْمِه مِن لبَنِها . ولا تَصِحُّ فى الغَصْبِ ولا فى الجِناياتِ ؛ لأَنَّ ذلك مُحَرَّمٌ ، وَكذلك كلُّ مُحَرَّمٍ ؛ لأَنَّه لا يَحِلُّ له فِعْلُه بنَفْسِه ، فلم تَجُزِ النِّيابَةُ فيه .

الإنصاف

وقيل : بقَوْلِ : جعَلْتُه مُقِرًّا . انتهى . وظاهِرُ كلامِ الأَكْثَرِين ، أنَّه ليس بإقْرارٍ . وهو ظاهِرُ ما قدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقال الأَزَجِىُّ : لا بُدَّ مِن تَعْيِينِ ما يُقِرُّ به ، وإلَّا رجَع فى تفْسِيرِه إلى المُوَكِّلِ .

قوله : وتَمَلُّكِ المُباحاتِ ؛ مِنَ الصَّيْدِ والحَشِيشِ ، ونحوِه . كإحْياءِ المَواتِ ، واسْتِقاءِ الماءِ . يعْنِى ، أنَّه يجوزُ التَّوْكِيلُ فى تَمَلُّكِ المُباحاتِ ؛ لأنَّه يَمْلِكُ بسَبَبٍ لا يتَعَيَّنُ عليه ، فجازَ ، كالابْتِياعِ ، والاتِّهابِ . وهذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : وتصِحُّ الشَّرِكَةُ والوَكالَةُ فى تَمَلُّكِ مُباحٍ فى الأصحِّ ، كالاسْتِئْجارِ عليه . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقيل : لا يصِحُّ . قلتُ : والنَّفْسُ تَمِيلُ إلى ذلك ؛ لأنَّ المُوَكِّلَ لا يَمْلِكُه عندَ الوَكالَةِ ، وهو مِنَ المُباحاتِ ، فمَن

---

(١) بعده فى م : « والمرتضع لأمر يختص » .

المقنع وَيَجُوزُ أَنْ يُوَكِّلَ مَنْ يَقْبَلُ لَهُ النِّكَاحَ ، وَمَنْ يُزَوِّجُ وَلِيَّتَهُ إِذَا كَانَ الْوَكِيلُ مِمَّنْ يَصِحُّ مِنْهُ ذَلِكَ لِنَفْسِهِ وَمُوَلِّيَتِهِ .

الشرح الكبير **١٩٩٠** – مسألة : (ويَجُوزُ أن يُوَكِّلَ مَن يَقْبَلُ له النِّكاحَ ، ومَن يُزَوِّجُ وَلِيَّتَه إذا كان الوَكيلُ ممَّن يَصِحُّ منه ذلك لنَفْسِه ومُولِّيَته) لأنَّ النبيَّ ﷺ وَكَّلَ عَمْرَو بنَ أُمَيَّةَ الضَّمْرِىَّ وأبا رافِعٍ فى قَبُولِ النِّكاحِ له[1] . ولأنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إليه ، فإنَّه رُبَّما احْتاجَ إلى التَّزَوُّجِ مِن مكانٍ بَعيدٍ لا يُمْكِنُه السَّفَرُ إليه ، كما تَزَوَّجَ النبىُّ ﷺ أُمَّ حَبِيبَةَ وهى بأرْضِ الحَبَشَةِ[2] . ويَجُوزُ أن يُوَكِّلَ مَن يُزَوِّجُ وَلِيَّتَه ؛ لأنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إليه ، فأشْبَهَ البَيْعَ ، إذا كان الوَكِيلُ ممَّن يَصِحُّ منه ذلك لمُولِّيَتِه . وهل يَجُوزُ أن يكونَ فاسِقًا ؟ يَنْبَنِى على اشْتِراطِ ذلك فى وِلايَةِ النِّكاحِ ، وسَيُذْكَرُ فى بابِه ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

الإنصاف اسْتَوْلَى عليه ملكَه . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وقيل : مَن وَكَّلَ فى احْتِشاشٍ واحْتِطابٍ ، فهل يَمْلِكُ الوَكِيلُ ما أخَذَه أو مُوَكِّلُه ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن . انتهى .

قوله : إلَّا الظِّهارَ واللِّعانَ والأَيْمانَ . وكذا الإيلاءُ ، والقَسامَةُ ، والشَّهادَةُ ، والمَعْصِيَةُ . ويأْتِى حُكْمُ الوَكالَةِ فى العِباداتِ .

قوله : ويجوزُ أَنْ يُوَكِّلَ مَن يَقْبَلُ له النِّكاحَ ، ومَن يُزَوِّجُ وَلِيَّتَه . هذا المذهبُ

---

(١) الأول تقدم تخريجه فى صفحة ٤٣٦ .
والثانى تقدم تخريجه فى ٨/٣٢٦ .

(٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الولى ، وباب الصداق ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/٤٨١ ، ٤٨٦ . والنسائى ، فى : باب القسط فى الأصدقة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/٩٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/٤٢٧ .

الشرح الكبير

فصل : ولا يَصِحُّ التَّوكيلُ فى الشَّهادَةِ ؛ لأَنَّها تَتعلَّقُ بعَيْنِ الشّاهِدِ ؛ لكَوْنِها خَبَرًا عمَّا رَآه أو سَمِعَه ، ولا يَتحقَّقُ هذا المَعْنَى فى نائبِه[1] ، فإنِ اسْتَنابَ فيها ، كان النّائبُ شاهِدًا على شَهادَتِه ؛ لكونِه يُؤَدِّى ما سَمِعَه مِن شاهِدِ الأَصْلِ ، وليس بوَكِيلٍ[2] . ولا يَصِحُّ فى الاغْتِنامِ ؛ لأنَّه متى حَضَر النّائبُ تَعَيَّنَ عليه الجِهادُ ، فكان السَّهْمُ له . ولا فى الالتِقاطِ ؛ لأنَّه بأَخْذِه يَصِيرُ لمُلْتَقِطِه .

[١٣٣/٤ و] **فصل** : ويَجُوزُ التَّوْكِيلُ فى المُطالَبَةِ بالحُقُوقِ ، وإثْباتِها ، والمُحاكَمَةِ فيها ، حاضِرًا كان المُوَكِّلُ أو غائبًا ، صَحِيحًا أو مَرِيضًا . وبه قال مالِكٌ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، وأبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ ، والشافعىُّ . وقال أبو حَنِيفَةَ : للخَصْمِ أن يَمْتَنِعَ مِن مُحاكَمةِ الوَكِيلِ إذا كان المُوَكِّلُ حاضِرًا ؛ لأَنَّ حُضُورَه مَجْلِسَ الحُكْمِ[3] ومُخاصَمَتَه حَقٌّ لخَصْمِه

الإنصاف

بشَرْطِه ، فيُشْتَرَطُ لصِحَّةِ عَقْدِ النِّكاحِ تَسْمِيَةُ المُوَكِّلِ فى صُلْبِ العَقْدِ . ذكَرَه فى « الانْتِصارِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وقال فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » : وإنْ قال : قَبِلْتُ هذا النِّكاحَ . ونوَى أنَّه قبِلَه لمُوَكِّلِه ، ولم يَذْكُرْه ، صحَّ . قلت : ويَحْتَمِلُ ضِدَّه ، بخِلافِ البَيْعِ . انتهى . وقال فى « التَّرْغيبِ » : لو قال الوَكِيلُ : قَبِلْتُ نِكاحَها . ولم يقُلْ : لفُلانٍ . فوَجْهان . وأَطْلَقهما فى « الفُروعِ » . ويأْتِى ذلك أيضًا فى بابِ أرْكانِ النِّكاحِ ، عندَ قَوْلِه : ووَكِيلُ كلِّ واحدٍ مِن هؤلاءِ يقُومُ مَقامَه ، وإنْ كان حاضِرًا . بأَتَمَّ مِن هذا .

---

(١) فى الأصل : « بابه » .

(٢) فى الأصل ، ق : « توكيل » .

(٣) فى م : « الحاكم » .

الشرح الكبير

عليه ، فلم يَكُنْ له نَقْلُه إلى غيره بغيرِ رِضَاءِ خَصْمِه ، كالدَّيْنِ عليه . ولَنا ، أنَّه حَقٌّ تَجُوزُ النِّيابَةُ فيه ، فكان[1] لصاحِبِه الاسْتِنابَةُ بغيرِ رِضاءِ خَصْمِه ، كحالَةِ غَيْبَتِه ومَرَضِه ، وكدَفْعِ المالِ الذى عليه ، ولأنَّه إجْماعُ الصحابةِ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ؛ فإنَّ عليًّا ، رَضِىَ اللهُ عنه ، وَكَّلَ عَقِيلًا عندَ أبى بكرٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، وقال : ما قُضِىَ له فَلِى ، وما قُضِىَ عليه فعَلَىَّ . ووَكَّلَ عبدَ اللهِ بنَ جَعْفَرٍ عندَ عُثْمانَ ، وقال : إنَّ للخُصُومةِ قُحَمًا ، وإنَّ الشَّيْطانَ يَحْضُرُها ، وإنِّى لأَكْرَهُ أن أحْضُرَها[2] . قال أبو زِيادٍ[3] : القُحَمُ المَهالِكُ . وهذه قِصَصٌ اشْتَهَرتْ ؛ لأنَّها فى مَظِنَّةِ الشُّهْرَةِ ، فلم يُنْقَلْ إنْكارُها . ولأنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إلى ذلك ، فإنَّه قد يكونُ له حَقٌّ ، أو يُدَّعَى

الإنصاف

قوله : إذا كان مِمَّن يَصِحُّ منه ذلك لنَفْسِه ومُوَلِّيَته . فعلى هذا ، لا يصِحُّ توْكِيلُ فاسِقٍ فى إيجابِ النِّكاحِ ، إلَّا على رِوايَةِ عدَمِ اشْتِراطِ [٢/١٤٧ظ] عَدالَةِ الوَلِىِّ . على ما يأْتِى فى بابِ أرْكانِ النِّكاحِ ، إنْ شاءَ اللهُ تعالَى . وأمَّا قَبولُ النِّكاحِ منه ، فيَصِحُّ لنَفْسِه ، فكذا يصِحُّ لغيرِه . وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا . وفى قوْلِه : ولا يَصِحُّ التَّوْكِيلُ ولا التَّوَكُّلُ فى شئٍ إلَّا ممَّن يَصِحُّ تَصَرُّفُه فيه . واخْتارَه أبو الخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : وهو القِياسُ . وقدَّمه فى « الكافِى » . وقال القاضى : لا يصِحُّ قَبُولُه لغيرِه . قال فى « التَّلْخيصِ » : اخْتارَه أصحابُنا إلَّا ابنَ عَقِيلٍ . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) أخرجهما البيهقى ، فى : باب التوكيل فى الخصومات مع الحضور والغيبة ، من كتاب الوكالة . السنن الكبرى ٦/ ٨١ .

(٣) فى اللسان (ق ح م) أنه أبو زيد الكلابى .

الشرح الكبير

عليه ، ولا يُحْسِنُ الخُصُومةَ ، أو لا يُحِبُّ أن يَتولَّاها بنَفْسِه . ويَجُوزُ التَّوْكِيلُ فى الإِقْرارِ . ولأصحابِ الشافعىِّ وَجْهان ؛ أحَدُهما ، لا يَجُوزُ التَّوْكِيلُ فيه ؛ لأنَّه إخْبارٌ لحَقٍّ ، فلم يَجُزِ التَّوكِيلُ فيه ، كالشَّهادَةِ . ولنَا ، أنَّه إثْباتُ حَقٍّ فى الذِّمَّةِ بالقولِ ، فجاز التَّوْكِيلُ فيه ، كالبَيْعِ ، وفارَقَ الشَّهادَةَ ، فإنَّها لا تُثْبِتُ الحَقَّ ، وإنَّما هو إخْبارٌ بثُبُوتِه على غيرِه . ويَجُوزُ التَّوْكِيلُ فى إثْباتِ القِصاصِ وحَدِّ القَذْفِ ، واسْتِيفائِهما ؛ لأنَّهما مِن حُقُوقِ الآدَمِيِّين ، وتَدْعُو الحاجَةُ إلى التَّوكِيلِ فيهما ؛ لأنَّ مَن له الحَقُّ قد لا يُحْسِنُ الاسْتِيفاءَ ، أو لا يُحبُّ أن يَتَوَلَّاهما .

الإنصاف

الكُبْرى » ، و « شَرْحِ ابن رَزِينٍ » . وصحَّحه النَّاظِمُ . قال فى « الوَجيزِ » : ولا يُوَكِّلُ فاسِقٌ فى نِكاحٍ . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » . ويأْتِى ذلك أيضًا فى أرْكانِ النِّكاحِ . وأمَّا السَّفِيهُ ، فقِيل : يصِحُّ أنْ يكونَ وَكِيلًا فى الإيجابِ والقَبُولِ . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وقيل : لا يصِحُّ فيهما . قدَّمه فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » . وصحَّحه النَّاظِمُ . وجزَم به ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِيَيْن » . وقيل : يصِحُّ فى قَبُولِ النِّكاحِ دُونَ إيجابه . قال فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » : قلتُ : إنْ قُلْنا : يتزَوَّجُ السَّفِيهُ بغيرِ إذْنِ وَلِيِّه . فله أنْ يُوَكِّلَ ويَتوكَّلَ فى إيجابِه وقَبُولِه ، وإلَّا فلا . انتهى . وهو الصَّوابُ ، وظاهِرُ كلامِ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ ، وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا . وقد تقدَّم فى البابِ الذى قبلَه ، هل للوَلِىِّ أنْ يُزَوِّجَه بغيرِ إذْنِه ، أم لا ؟ وهل يُباشِرُ العَقْدَ ، أم لا ؟. ويأْتِى فى أرْكانِ النِّكاحِ ، هل للوَكِيلِ المُطْلَقِ فى النِّكاحِ أنْ يتزَوَّجها لنَفْسِه ، أم لا ؟

المقنع

وَيَصِحُّ فِى كُلِّ حَقٍّ لِلّٰهِ تَعَالَى تَدْخُلُهُ النِّيَابَةُ ، مِنَ الْعِبَادَاتِ وَالْحُدُودِ ، فِى إِثْبَاتِهَا وَاسْتِيفَائِهَا .

الشرح الكبير

١٩٩١ – مسألة : (ويَجُوزُ فى كلِّ حقٍّ للهِ تعالى تَدْخُلُه النِّيابَةُ ، مِن العِباداتِ والحُدُودِ ، فى إثْباتِها واسْتِيفائِها) كحَدِّ الزِّنى والسَّرِقَةِ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ قال : « اغْدُ يَا أُنَيْسُ إلَى امْرَأةِ هَذَا ، فَإنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا » . فغدا عليها أُنَيسٌ ، فاعْتَرفَتْ ، فأمَرَ بها فرُجِمَتْ . مُتَّفَقٌ عليه[1] . وأمَرَ النبىُّ ﷺ برَجْمِ ماعِزٍ ، فَرَجَمُوه[2] . ووَكَّلَ عُثْمانُ عليًّا

الإنصاف

قوله : ويَصِحُّ فى كلِّ حَقٍّ للهِ تعالَى ، تَدْخُلُه النِّيابَةُ مِنَ العِباداتِ . كالصَّدَقاتِ والزَّكَواتِ والمَنْذُوراتِ والكفَّاراتِ . بلا نِزاعٍ أعْلَمُه . وأمَّا العِباداتُ البدَنِيَّةُ

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب الوكالة فى الحدود ، من كتاب الوكالة ، وفى : باب إذا اصطلحوا على جور فالصلح مردود ، من كتاب الصلح ، وفى : باب الشروط التى لا تحل فى الحدود ، من كتاب الشروط ، وفى : باب هل يأمر الإمام رجلا فيضرب الحد غائبا عنه ، من كتاب الحدود ، وفى : باب كيف كان يمين النبى ﷺ ، من كتاب الأيمان ، وفى : باب الاعتراف بالزنى ، وباب إذا رمى امرأته أو امرأة غيره بالزنى ... ، من كتاب الحدود ، وفى : باب هل يجوز للحاكم أن يبعث رجلا وحده للنظر فى الأمور ، من كتاب الأحكام ، وفى : باب ما جاء فى إجازة خبر الواحد ، من كتاب الآحاد . صحيح البخارى ٣ / ١٣٤ ، ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٥٠ ، ٨ / ٤٦ ، ١٦١ ، ٢٠٨ ، ٢١٤ ، ٩ / ٩٤ ، ١١٠ . ومسلم ، فى : باب من اعترف على نفسه بالزنى ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم ٣ / ١٣٢٤ ، ١٣٢٥ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى درء الحد عن المعترف إذا رجع ، وفى : باب ما جاء فى الرجم على الثيب ، من أبواب الحدود . عارضة الأحوذى ٦ / ٢٠٣ ، ٢٠٥ . والنسائى ، فى : باب صون النساء عن مجلس الحكم ، من كتاب القضاة . المجتبى ٨ / ٢١١ . وابن ماجه ، فى : باب حد الزنى ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٥٢ . والدارمى ، فى : باب الاعتراف فى الزنى ، من كتاب الحدود . سنن الدارمى ٢ / ١٧٧ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الرجم ، من كتاب الحدود . الموطأ ٢ / ٨٢٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ١١٥ ، ١١٦ .

(٢) أخرجه مسلم ، فى : باب من اعترف على نفسه بالزنى ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم ٣ / ١٣٢٠ . وأبو داود ، فى : باب رجم ماعز بن مالك ، من كتاب الحدود . سنن أبى داود ٢ / ٤٥٦ – ٤٥٩ . والدارمى ، فى : باب الاعتراف بالزناء ، من كتاب الحدود . سنن الدارمى ٢ / ١٧٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٦٢ .

الشرح الكبير

فى إقامَةِ حَدِّ الشُّرْبِ على الوَليدِ بن عُقْبَةَ . رواه مسلمٌ[1] . ولأن الحاجَةَ تَدْعُو إليه ؛ لأنَّ الإمامَ لا يُمْكِنُه تَوَلِّى ذلك بنَفْسِه . ويجوزُ التَّوْكِيلُ فى إثْباتِها . وقال أبو الخطّاب : لا يَجُوزُ . وهو قول الشافعيِّ ؛ لأنَّها تَسْقُطُ بالشُّبُهاتِ ، وقد أُمِرْنا بدَرْئِها بها ، والتَّوكيلُ تَوصُّلٌ إلى الإيجابِ . ولنا ، حديثُ أُنَيْسٍ الذى ذَكَرْناه ، فإنَّ النبىَّ ﷺ وَكَّلَه فى إثْباتِه [١٣٣/٤ ظ] واسْتِيفائِه جمِيعًا بقَوْلِه : « فَإنِ اعْتَرَفَتْ فارْجُمْهَا » . وهذا يَدُلُّ على أنه لم يَكُنْ ثَبَت ، وقد وكَّلَه فى إثْباتِه . ولأنَّ الحاكِمَ إذا اسْتَنابَ ، دَخَل فى ذلك الحُدُودُ ، فإذا دَخَلَتْ فى التَّوْكيلِ بطَرِيقِ العُمُومِ ، فبالتَّخْصِيصِ يكونُ دُخُولُها أَوْلَى ، والوَكِيلُ يَقُومُ مَقامَ المُوَكِّلِ فى دَرْئِها بالشُّبُهاتِ .

الإنصاف

المَحْضَةُ ؛ كالصَّلاةِ ، والصَّوْمِ ، والطَّهارَةِ مِنَ الحدَثِ ، فلا يجوزُ التَّوْكِيلُ فيها ، إلَّا الصَّوْمَ المَنْذُورَ ، يُفْعَلُ عنِ المَيِّتِ ، على ما تقدَّم فى بابِه ، وليس ذلك بوَكالَةٍ . ويصِحُّ التَّوْكِيلُ فى الحَجِّ ، ورَكْعَتَى[2] الطَّوافِ فيه تدْخُلُ تَبَعًا له .

قوله : والحُدودِ فى إثْباتِها واسْتِيفائِها . هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « النَّظْمِ » . واخْتارَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، ونَصَرُوه . وقدَّمه ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » . وقال أبو الخَطَّابِ : لا تصِحُّ الوَكالَةُ فى إثْباتِه ، وتصِحُّ فى اسْتِيفائِه . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ،

---

(١) فى : باب حد الخمر ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم ١٣٣١/٣ ، ١٣٣٢ .

(٢) فى الأصل ، ط : « وركنى » .

الشرح الكبير

فصل : فأمّا العِباداتُ ، فما تَعَلَّقَ منها بالمالِ ؛ كالصَّدقاتِ ، والزَّكاةِ ، والمَنْذُوراتِ ، والكَفّاراتِ ، جاز التَّوكِيلُ فى قَبْضِها وتَفرِيقِها . ويَجُوزُ للمُخرِجِ التَّوْكِيلُ فى إخْراجِها ودَفْعِها إلى مُسْتَحِقِّها . ويَجُوزُ أن يَقُولَ لغيرِه : أخْرِجْ زَكاةَ مالِى مِن مالِكَ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ بَعَث عُمّالَه لقَبْضِ الصَّدَقاتِ وتَفْرِيقِها ، وقال لمُعاذٍ حينَ بَعَثَه إلى اليَمَنِ : « أعْلِمْهُمْ أنَّ عَلَيْهِمْ صَدَقَةً تُؤْخَذُ مِن أغْنِيَائِهِمْ ، فَتُرَدُّ فى فُقَرَائِهِم » . مُتَّفَقٌ عليه[1] . ويَجُوزُ التَّوْكِيلُ فى الحَجِّ إذا أَيِسَ المَحْجُوجُ عنه مِن الحَجِّ بنَفْسِه ، وكذلك العُمْرَةُ . ويَجُوزُ أن يُسْتنابَ مَن يَحُجُّ عنه بعدَ المَوْتِ . فأمّا العِباداتُ البَدَنِيَّةُ المَحْضَةُ ؛ كالصلاةِ ، والصِّيامِ ، والطهارةِ مِن الحَدَثِ ، فلا يَجُوزُ التَّوْكِيلُ فيها ؛ فإنَّها تَتَعلَّقُ ببَدَنِ مَن هى عليه ، فلا يَقُومُ غيرُه مَقامَه ، إلَّا أنَّ الصيامَ المَنْذُورَ يُفْعَلُ عن المَيِّتِ ، وليس ذلك بتَوْكيلٍ ؛ لأنَّه لم يُوَكِّلْ فى ذلك ، ولا وَكَّلَ فيه غيرُه . ولا يَجُوزُ فى الصلاةِ إلَّا فى رَكْعَتَىِ الطَّوافِ تَبَعًا للحَجِّ . ولا تَجُوزُ الاسْتِنابةُ فى الطهارَةِ إلَّا فى صَبِّ الماءِ وإيصالِه إلى الأعْضاءِ ، وفى تَطْهِيرِ النَّجاسَةِ عن البَدَنِ والثَّوْبِ وغيرِهما .

الإنصاف

و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » . قال ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » : وليس بشىءٍ . وأطْلَقهما فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » .

---

(١) تقدم تخريجه فى ٢/٩٩ ، ٦/٢٩١ .

المقنع

وَيَجُوزُ الِاسْتِيفَاءُ فِي حَضْرَةِ الْمُوَكِّلِ وَغَيْبَتِهِ ، إِلَّا الْقِصَاصَ وَحَدَّ الْقَذْفِ عِنْدَ بَعْضِ أَصْحَابِنَا ، لَا يَجُوزُ فِي غَيْبَتِهِ .

الشرح الكبير

١٩٩٢ - مسألة : (ويَجُوزُ الاسْتِيفاءُ فى حَضْرَةِ المُوَكِّلِ وغَيْبَتِه) نَصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ مالِكٍ (إلَّا القِصاصَ وَحدَّ القَذْفِ عندَ بعضِ أصحابِنا ، لا يَجُوزُ فى غَيْبَتِه) وقد أوْمَأَ إليه أحمدُ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، وبعضِ الشافعيَّةِ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن يَعْفُوَ المُوَكِّلُ فى حالِ غَيْبَتِه ، فيَسْقُطَ ، وهذا الاحْتِمالُ شُبْهَةٌ تَمْنَعُ الاسْتِيفاءَ . ولأنَّ العَفْوَ مَنْدُوبٌ إليه ، فإذا حَضَر احْتَمَلَ أن يَرْحَمَه فيَعْفُوَ . والأوَّلُ ظاهِرُ المَذْهبِ ؛ لأنَّ ما جاز اسْتِيفاؤُه فى حَضْرَةِ المُوَكِّلِ ، جاز فى غَيْبَتِه ، كالحُدودِ وسائِرِ الحُقُوقِ ، واحْتِمالُ العَفْوِ بَعِيدٌ . والظّاهِرُ أنَّه لو عَفا لبعَثَ وأعْلَمَ وَكِيلَه بعَفْوِه ، والأصْلُ عَدَمُه ، فلا يُؤَثِّرُ ، (١)ألا تَرَى(١) أنَّ قُضاةَ رسولِ اللهِ ﷺ كانُوا يَحْكُمُون فى البِلادِ ، ويُقِيمُونَ الحُدُودَ التى تُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ ، مع احْتِمالِ النَّسْخِ . وكذلك لا يُحْتاطُ(٢) فى اسْتِيفاءِ الحُدُودِ بإحْضارِ الشُّهُودِ ، مع احْتِمالِ رُجُوعِهم عن الشَّهادَةِ ، (٣)أو تَغَيُّرِ(٣) اجْتِهادِ الحاكِمِ .

الإنصاف

قوله : ويجوزُ الاسْتِيفاءُ فى حَضْرَةِ المُوَكِّلِ وغَيْبَتِه ، إلَّا القِصَاصَ ، وحَدَّ القَذْفِ ، عندَ بعضِ أصحابِنا ، لا يَجُوزُ فى غَيْبَتِه . منهم ابنُ بَطَّةَ ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وهو رِوايَةٌ عن أحمدَ . ذكَرَها ابنُ أبى مُوسى ، ومَن بعدَه . قال ابنُ رَزِينٍ ، عن هذا القَوْلِ : وليس بشىءٍ . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، جوازُ

(١ - ١) فى الأصل : « الأثر » .

(٢) فى الأصل : « الاحتياط » . وفى م : « يختلط » .

(٣ - ٣) فى الأصل : « بغير » . وفى م : « أو بغير » .

المقنع

....

الشرح الكبير

....

الإنصاف اسْتِيفائِهما فى غَيْبَةِ المُوَكِّلِ . قال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » : هذا ظاهِرُ المذهبِ . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » ، وصاحِبُ « الفائقِ » : هذا المذهبُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الهِدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم . فعلى المذهبِ ، لوِ اسْتُوفِىَ القِصاصُ بعدَ عَزْلِه ، ولم يَعْلَمْ ، ففى ضَمانِ المُوَكِّلِ وَجْهان . قال أبو بَكْرٍ : لا ضَمانَ على الوَكِيلِ . فمِنَ الأصحابِ مَن قال : لعَدَمِ تَفْريطِه . ومنهم مَن قال : لأنَّ عَفْوَ مُوَكِّلِه لم يصِحَّ ؛ حيثُ حصَل على وَجْهٍ لا يُمْكِنُ اسْتِدْراكُه ، فهو كما لو عَفا بعدَ الرَّمْىِ . قال أبو بَكْرٍ : وهل يَلْزَمُ المُوَكِّلَ ؟ على قَوْلَيْن . وللأصحابِ طريقَةٌ ثانيةٌ ، وهى البِناءُ على انْعِزالِه قبلَ العِلْمِ ؛ فإنْ قُلْنا : لا يَنْعَزِلُ . لم يصِحَّ العَفْوُ . وإنْ قُلْنا : يَنْعَزِلُ . صحَّ العَفْوُ ، وضَمِنَ الوَكِيلُ ، وهل يَرْجِعُ على المُوَكِّلِ ؟ على وَجْهَيْن؛ أحدُهما، يرْجِعُ؛ لتَغْريرِه[1] . والثَّانى ، لا . فعلى هذا ، فالدِّيَةُ على عاقِلَةِ الوَكِيلِ ، عندَ أبِى الخَطَّابِ ؛ لأنَّه خَطَأٌ . وعندَ القاضى ، فى مالِه ، وهو بعيدٌ . وقد يقالُ : هو شِبْهُ عَمْدٍ . قالَه المُصَنِّفُ . وللأصحابِ طريقَةٌ ثالثةٌ ، وهى ؛ إنْ قُلْنا : لا يَنْعَزِلُ . لم يَضْمَنِ الوَكِيلُ . وهل يضْمَنُ العامِّىُّ ؟ على وَجْهَيْن ، بناءً على صِحَّةِ عَفْوِه ، وتردُّدًا بينَ تَغْريرِه وإحْسانِه . وإنْ قُلْنا : يَنْعَزِلُ . لَزِمَتْه الدِّيَةُ . وهل تكونُ فى مالِه ، أو على عاقِلَتِه ؟ فيه وَجْهان . وهى طريقَةُ أبِى الخَطَّابِ ، وصاحِبِ « التَّرْغيبِ » ، وزادَ ، وإذا قُلْنا : فى مالِه . فهل يرْجِعُ بها على المُوَكِّلِ ؟ على وَجْهَيْن .

---

(١) فى ط : « لتعزيره » .

المقنع

وَلَا يَجُوزُ لِلْوَكِيلِ التَّوْكِيلُ فِيمَا يَتَوَلَّى مِثْلُهُ بِنَفْسِهِ ، إِلَّا بِإِذْنِ الْمُوَكِّلِ . وَعَنْهُ [١٢٠ظ] يَجُوزُ . وَكَذَلِكَ الْوَصِيُّ وَالْحَاكِمُ . وَيَجُوزُ تَوْكِيلُهُ فِيمَا لَا يَتَوَلَّى مِثْلَهُ بِنَفْسِهِ ، أَوْ يَعْجِزُ عَنْهُ لِكَثْرَتِهِ .

الشرح الكبير

١٩٩٣ - مسألة : (ولا يَجُوزُ للوَكِيلِ أن يُوَكِّلَ فيما يَتَوَلَّى مِثْلَه بنَفْسِه ، إلَّا بإذْنِ المُوَكِّلِ . وعنه ، يَجُوزُ . وكذلك الوَصِيُّ والحاكِمُ . وله التَّوْكيلُ فيما لا يَتَوَلَّى مِثْلَه بنَفْسِه ، أو يَعْجِزُ عنه لكَثْرَتِه) [١٣٤/٤ و] وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ التَّوْكِيلَ لا يَخْلو مِن ثَلاثَةِ أحْوالٍ ؛ أحَدُها ، أن يَنْهَى المُوَكِّلُ وَكِيلَه عن التَّوْكِيلِ ، فلا يَجُوزُ له ذلك بغيرِ خِلافٍ ؛ لأنَّ ما نَهاه عنه غيرُ داخِلٍ فى إذْنِه ، فلم يَجُزْ له ، كما لو لم يُوَكِّلْه . الثانى ، أن

الإنصاف

قوله : ولا يجوزُ للوَكيلِ التَّوْكِيلُ فيما [٢/ ١٤٨و] يَتَوَلَّى مِثْلُه بنَفْسِه . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، يجوزُ . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « قَواعِدِ ابنِ رَجَبٍ » ، وغيرِهم .

قوله : وكذلك الوَصِيُّ والحاكِمُ . يَعْنِى ، أنَّه إذا أوْصَى إليهم فى شيءٍ ، هل له أنْ يُوَكِّلَ مَن يَعْلَمُه ؟ وهل للحاكِمِ أنْ يَسْتَنِيبَ غيرَه فيما يتَوَلَّى مِثْلُه ؟ فقطَع المُصَنِّفُ ، أنَّ الوَصِيَّ فى جوازِ التَّوْكِيلِ وعدَمِه كالوَكِيلِ ، خِلافًا ومذهبًا . وهو إحْدَى الطَّرِيقَتَيْن . وهو المذهبُ . وهى طَرِيقَةُ القاضى ، وابنِ عَقِيلٍ ، وصاحِبِ « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، والمُصَنِّفِ ، والشَّارِحِ ، وابنِ رَزِينٍ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، وغيرِه . وقدَّمها فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم . والطَّرِيقَةُ الثَّانيةُ ، يجوزُ للوَصِىِّ التَّوْكِيلُ ، وإنْ منَعْناه

الشرح الكبير

يَأْذَنَ له فى التَّوكِيلِ ، فيَجُوزُ له ؛ لأنَّه عَقْدٌ أُذِنَ فيه ، فكان له فِعْلُه ، كالتَّصَرُّفِ المَأْذُونِ فيه . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا . فإن قال : وَكَّلْتُك فاصْنَعْ ما شِئْتَ . فله أن يُوَكِّلَ . وقال أصحابُ الشافعىِّ : ليس له التَّوْكِيلُ فى أحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّ التَّوْكِيلَ يَقْتَضِى تَصَرُّفًا يتَوَلَّاه بنَفْسِه ، فقَوْلُه : اصْنَعْ ما شِئْتَ . يَرْجِعُ إلى ما يَقْتَضِيه التَّوْكِيلُ مِن تَصَرُّفِه بنَفْسِه . ولنَا ، أنَّ لَفْظَه عامٌّ فيما شاء ، فيَدْخُلُ فى عُمُومِه التَّوْكِيلُ . الثالثُ ، أطْلَقَ له الوَكالَةَ ، فلا يَخْلُو مِن أقْسامٍ ثَلاثَةٍ ؛ أحَدُها ، أن يكونَ العَمَلُ مِمّا

الإنصاف

فى الوَكِيلِ . ورَجَّحه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، وأبو الخَطَّابِ أيضًا . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » . قلتُ : وهو الصَّوابُ ؛ لأنَّه مُتَصَرِّفٌ بالوِلايَةِ ، وليس وَكِيلًا مَحْضًا ، فإنَّه مُتَصَرِّفٌ بعدَ المَوْتِ ، بخِلافِ الوَكِيلِ ؛ ولأنَّه تُعْتَبَرُ عَدالَتُه وأمانَتُه . وأمَّا إسْنادُ الوَصِيَّةِ مِنَ الوَصِىِّ إلى غيرِه ، فيَأْتى فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى بابِ المُوصَى إليه . وأمَّا الحاكِمُ ، فقطَع المُصَنِّفُ أيضًا ، أنَّه كالوَكيلِ فى جَوازِ اسْتِنابَةِ غيرِه . وهو المذهبُ . وهو إحْدَى الطَّرِيقَتَيْن أيضًا . وهى طَرِيقَةُ القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، و « الخِلافِ » ، وصاحبِ « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، والمُصَنِّفِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهم . والطَّرِيقَةُ الثَّانيةُ ، يجوزُ له الاسْتِنابَةُ والاسْتِخْلافُ ، وإنْ منَعْنا الوَكِيلَ منها . وهى طَرِيقَةُ القاضى فى « الأحكامِ السُّلْطانِيَّةِ » ، وابنِ عَقِيلٍ . واخْتارَه النَّاظِمُ . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » . ونصَّ عليه فى رِوايَةِ مُهَنَّا . قال ابنُ رَجَبٍ فى « قَواعِدِه » : بناءً على أنَّ القاضىَ ليس بنائبِ الإمامِ ، بل هو ناظِرٌ للمُسْلِمينَ لا عن وِلايَةٍ ؛ ولهذا لا يَنْعَزِلُ

الشرح الكبير

يَرْتَفِعُ[1] الوَكِيلُ عن مِثْلِه ، كالأعْمالِ الدَّنِيَّةِ فى حَقِّ أشْرافِ النّاسِ المُرْتَفِعِين عن فِعْلِها فى العادَةِ ، أو يَعْجِزُ عن عَمَلِه ؛ لكَوْنِه لا يُحْسِنُه ، فإنَّه يَجُوزُ[2] له التَّوْكِيلُ فيه ؛ لأنَّه إذا كان ممَّا لا يَعْمَلُه الوَكِيلُ عادَةً ، انْصَرَفَ الإذْنُ إلى ما جَرَتْ به العادَةُ مِن الاسْتِنابةِ فيه . القِسْمُ الثّانى ، أن يكونَ ممَّا يعملُه بنَفْسِه ، إلَّا أنَّه يَعْجِزُ عن عَمَلِه ؛ لكَثْرَتِه وانْتِشارِه ، فيَجُوزُ له التَّوْكِيلُ فى عَمَلِه أيضًا ؛ لأنَّ الوَكالَةَ اقْتَضتْ جَوازَ التَّوْكِيلِ ،

الإنصاف

بمَوْتِه ولا بعَزْلِه ، فيَكونُ حُكْمُه فى وِلايَتِه حُكْمَ الإمامِ ، بخِلافِ الوَكِيلِ ؛ ولأنَّ الحاكِمَ يَضِيقُ عليه تَوَلِّى جميعِ الأحْكامِ بنَفْسِه ، ويُؤَدِّى ذلك إلى تَعْطيلِ مَصالحِ النَّاسِ العامَّةِ ، فأشْبَهَ مَن وَكَّلَ فيما لا يُمْكِنُه مُباشَرَتُه عادةً لكَثْرَتِه . انتهى . وأُلْحِقَ بالحاكمِ أمينُه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » .

فوائد تُشْبِهُ ما تقدَّم ؛ منها ، الشَّرِيكُ ، والمُضارِبُ ، هل لهما أنْ يُوَكِّلا ، أم لا ؟ ويأْتِى ذلك فى كَلامِ المُصَنِّفِ فى شَرِكَةِ العِنانِ ، ونتَكَلَّمُ عليها هناك . ومنها ، الوَلِىُّ فى النِّكاحِ ، هل له أنْ يُوَكِّلَ ، أو لا؟ فلا يَخْلُو؛ إمَّا أنْ يكونَ مُجْبَرًا، أو لا؛ فإنْ كان مُجْبَرًا، فلا إشْكالَ فى جَوازِ تَوْكِيلِه؛ لأنَّ وِلايَتَه ثابِتَةٌ شَرْعًا مِن غيرِ جِهَةِ المَرْأَةِ ، وكذلك لا يُعْتَبَرُ معه إذْنُها . وقطَع بهذا الجُمْهورُ . وقيل : لا يجوزُ . حكَاه فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » . وإنْ كان غيرَ مُجْبَرٍ ، ففيه طَرِيقان ؛ أحدُهما ، يجوزُ له التَّوْكِيلُ ، وإنْ منَعْنا الوَكِيلَ مِنَ التَّوْكِيلِ ؛ لأنَّ وِلايَتَه ثابِتَةٌ بالشَّرْعِ مِن غيرِ جِهَةِ المَرْأةِ ، فلا تتَوَقَّفُ اسْتِنابَتُه على إذْنِها كالمُجْبَرِ ، وإنَّما افْتَرَقا على اعْتِبارِ إذْنِها فى صِحَّةِ

(1) فى م : « يترفع » .

(2) فى م : « لا يجوز » .

الشرح الكبير

(١) فجاز التَّوْكِيلُ (١) فى فِعْلِ جميعِه ، كما لو أَذِن فيه بلفظِه . وقال القاضى : عندى إنَّما له التَّوْكيلُ فيما زاد على ما يَتمكَّنُ مِن عَمَلِه بنَفْسِه ؛ لأنَّ التَّوْكِيلَ إنما جاز للحاجَةِ ، فاخْتَصَّ ما دَعَتْ إليه الحاجَةُ ، بخِلافِ وُجُودِ إذْنِه ، فإنَّه مُطْلَقٌ . ولأصحابِ الشافعىِّ وَجْهان كهَذَيْن . القِسْمُ الثَّالثُ ، ما عَدا هذَيْنِ القِسْمَيْن ، وهو ما يُمْكِنُه عَمَلُه بنَفْسِه ولا يَرْتَفِعُ(٢) عنه ، فهل يَجُوزُ له التَّوْكِيلُ فيه ؟ على رِوايَتَيْنِ ؛ إحْداهما ، لا يَجُوزُ . نَقَلَها ابنُ مَنْصُورٍ . وهو مَذْهَبُ أبى حنيفةَ ، وأبى يوسُفَ ، والشافعىِّ ؛ لأنَّه لم يَأْذَنْ له بالتَّوْكِيلِ ولا تَضَمَّنَه إذْنُه ، فلم يَجُزْ ، كما لو نَهاه ، ولأنَّه اسْتِئْمانٌ فيما يُمْكِنُه النُّهُوضُ فيه ، فلم يكُنْ له أن يُوَلِّيَه مَن لم يَأْمَنْه عليه ، كالوَدِيعةِ . والثانيةُ ، يَجُوزُ . نقلَها حَنْبَلٌ(٣) . وبه قال ابنُ أبى لَيْلَى ، إذا مَرِض أو غاب ؛ لأنَّ الوَكِيلَ له أن يَتصَرَّفَ بنَفْسِه ، فمَلَكَه بنائبِه ، كالمالِكِ . والأُولَى أوْلَى . ولا يُشْبِهُ الوَكِيلُ المالِكَ ؛ فإنَّ المالِكَ يَتصَرَّفُ فى مِلْكِه كيف شاء ، بخِلافِ الوَكِيلِ .

الإنصاف

النِّكاحِ ، ولا أثَرَ لها هنا . وهذه طَرِيقَةُ المُصَنِّفِ ، والشَّارِحِ ، وصاحِبِ « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفائقِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، وغيرِهم . قلتُ : وهو أقْوَى دَليلًا . وهو المذهبُ . والطَّريقُ الثَّانى ، أنَّ حُكْمَه حكمُ الوَكِيلِ ، خِلافًا ومَذْهَبًا . قدَّمه فى « الفُروعِ » ، وقدَّم فى بابِ أرْكانِ النِّكاحِ الأوَّلَ ، فناقَضَ . قال ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » ، عن هذه الطَّرِيقَةِ : فيها

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) فى الأصل : « يترفع » .

(٣) فى م : « أحمد » .

الشرح الكبير

فصل : وكلُّ وَكِيلٍ جاز له التَّوْكِيلُ ، فليس له أن يُوَكِّلَ إلَّا أمينًا ؛ لأنَّه لا نَظَرَ للمُوَكِّلِ فى تَوْكِيلِ مَن ليس بأمِينٍ ، فيُقَيَّدُ[1] جوازُ التَّوْكِيلِ بما فيه الحَظُّ والنَّظَرُ ، كما أنَّ الإذْنَ فى البَيْعِ يَتَقَيَّدُ بالبَيْعِ بثَمَنِ المِثْلِ ، إلَّا أن يُعَيِّنَ له المُوَكِّلُ [٤/١٣٤ ظ] مَن يُوَكِّلُه ، فيَجُوزُ تَوْكِيلُه وإن لم يكنْ أمِينًا ؛ لأنَّه قَطَع نَظَرَه بتَعْيِينه . فإن وَكَّلَ أمِينًا فصار خائِنًا ، فعليه عَزْلُه ؛ لأنَّ تَرْكَه يتَصَرَّفُ مع الخِيانَةِ تَضْيِيعٌ وتَفْرِيطٌ ، والوَكالَةُ تقْتَضِى اسْتِئْمانَ أمِينٍ ، وهذا ليس بأمِينٍ ، فوَجَبَ عَزْلُه .

الإنصاف

ضَعْفٌ . وأطْلَقَ فى « التَّلْخيصِ » فى إذْنِها وعدَمِه رِوايتَيْن . ويأْتِى ذلك فى أرْكانِ النِّكاحِ ، عندَ قوْلِه : ووَكِيلُ كلِّ واحدٍ مِن هؤلاءِ يقُومُ مَقامَه ، وإنْ كانَ حاضِرًا . بأتَمَّ مِن هذا . ومنها ، العَبْدُ والصَّبِىُّ المَأْذُونُ لهما ، هل لهما أنْ يُوَكِّلا ؟ وتقدَّم الكَلامُ عليهما فى آخِرِ بابِ الحَجْرِ .

قوله : ويجوزُ توكِيلُه فيما لا يَتَوَلَّى مثلَه بنَفْسِه ، أو يَعْجِزُ عنه لكَثْرَتِه . بلا نِزاعٍ . لكِنْ هل يَسوغُ له التَّوْكِيلُ فى الجميعِ ؟ وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، و « الفُروعِ » . وفى القَدْرِ المَعْجُوزِ عنه خاصَّةً ؟ اخْتارَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . فيه وَجْهان . وأطْلَقهما فى « القواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » .

فوائد ؛ الأُولَى ، حيثُ جوَّزْنا له التَّوْكِيلَ ، فمِن شَرْطِ الوَكيلِ الثَّانِى ، أنْ يكونَ أمِينًا ، إلَّا أنْ يُعَيِّنَه المُوَكِّلُ الأوَّلُ . الثَّانيةُ ، لو قال المُوَكِّلُ للوَكِيلِ : [٢/ ١٤٨ظ] وَكِّلْ عنك . صحَّ ، وكان وَكِيلَ وَكِيلِهِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ،

---

(١) فى م : « فيفيد » .

الشرح الكبير

فصل : والحُكْمُ فى الوَصِىِّ يُوَكِّلُ فيما أُوصِىَ به إليه ، وفى الحاكِمِ يُوَلِّى القَضاءَ فى ناحِيةٍ يَسْتَنِيبُ غيرَه ، حُكْمُ الوَكِيلِ فيما ذَكَرْنا مِن التفصِيلِ ، إلَّا أنَّ المَنْصُوصَ عن أحمدَ ، فى رِوايةِ مُهَنَّا ، جوازُ ذلك . وهو قولُ الشافعىِّ فى الوَصِىِّ ؛ لأنَّ الوَصِىَّ يتصَرَّفُ بوِلايتِه ، بدَليلِ أنَّه يتَصَرَّفُ[1] فيما لم يُنَصَّ له على التَّصَرُّفِ فيه ، والوَكِيلُ لا يَتصَرَّفُ إلَّا فيما نُصَّ له عليه . قال شيخُنا[2] : والجَمْعُ بينَهما أوْلَى ؛ لأنَّه مُتَصَرِّفٌ فى مالِ غيرِه بالإِذْنِ ، فأشْبَهَ الوَكِيلَ ، وإنَّما يتصَرَّفُ فيما اقْتَضَتْه الوَصِيَّةُ ، كالوَكِيلِ ، إنَّما يتَصَرَّفُ فيما اقْتَضَتْه الوَكالَةُ .

فصل : فأمَّا الوَلِىُّ فى النِّكاحِ ، فله التَّوْكِيلُ فى تَزْوِيجِ مُوَلِّيَته بغيرِ إذْنِها ، أبًا كان أو غيرَه . وقال القاضى ، فى مَن لا يَجُوزُ له الإِجْبارُ : هو[3] كالوَكِيلِ ، يُخَرَّجُ على الرِّوايَتَيْنِ المَنْصُوصِ عليهما فى الوَكِيلِ . ولأصحابِ الشافعىِّ فيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، لا يَمْلِكُ التَّوْكِيلَ إلَّا بإذْنِها ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ التَّزْوِيجَ إلَّا بإذْنِها ، أشْبَهَ الوَكِيلَ . ولنا ، أنَّ وِلايتَه مِن غيرِ

الإنصاف

و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايةِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، وغيرِهم . وإنْ قال : وَكِّلْ عنِّى . صحَّ أيضًا ، وكان وَكِيلَ مُوَكِّله . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قطَع به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، و « الرِّعايةِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : يكونُ وَكِيلَ وَكِيله

---

(1) فى م : « لم يتصرف » .
(2) فى : المغنى ٧/٢٠٩ .
(3) فى م : « هل هو » .

الشرح الكبير

جِهَتِها ، فلم يُعْتَبرْ إذْنُها فى تَوْكيلِه فيها ، كالأبِ ، بخِلافِ الوَكِيلِ ، فإنَّ الوَلِىَّ مُتَصَرِّفٌ بحُكْمِ الوِلايَةِ الشَّرْعِيَّةِ ، أشْبَهَ الحاكِمَ ، ولأنَّ الحاكِمَ يَمْلِكُ تَفْوِيضَ عُقُودِ الأنْكِحَةِ إلى غيرِه بغيرِ إذْنِ النِّساءِ ، فكذلك الوَلِىُّ . وما ذَكَرُوه يَبْطُلُ بالحاكِمِ . والذى يُعْتَبرُ إذْنُها فيه هو غيرُ ما يُوَكَّلُ فيه ، بدَليلِ أنَّ الوَكِيلَ لا يَسْتَغْنِى عن إذْنِها فى التَّزْوِيجِ ، فهو كالمُوَكِّلِ فى ذلك .

فصل : إذا أذِنَ المُوَكِّلُ فى التَّوْكِيلِ ، فوَكَّلَ ، كان الوَكِيلُ الثانِى وَكِيلًا للمُوَكِّلِ ، لا يَنْعزِلُ بمَوتِ الوَكِيلِ الأوَّلِ ولا عَزْلِه ، ولا يَمْلِكُ الأوَّلُ عَزْلَ الثانِى ؛ لأنَّه ليس بوَكِيلِه . وإن أذِنَ له أن يُوَكِّلَ لنَفْسِه ، جاز ، وكان وَكِيلًا للوَكِيلِ ، يَنْعزِلُ بمَوْتِه وعَزْلِه . وإن مات المُوَكِّلُ ، أو عُزِل الأوَّلُ ، انْعزَلا جَميعًا ؛ لأنَّهما فرْعان له ، لكنَّ أحَدَهما فَرْعُ الآخَرِ ، فذَهَبَ حُكْمُهما بذَهابِ أصْلِهما . وإن وَكَّلَ مِن غيرِ أن يُؤْذَنَ له فى التَّوكِيلِ نُطْقًا ، بل وُجِد عُرْفًا ، أو على الرِّوايَةِ التى أجَزْنا له التَّوكِيلَ مِن غيرِ إذْنٍ ، فالثانِى وَكِيلُ الوَكِيلِ الأوَّلِ ، حُكْمُه حُكْمُ ما لو أذِنَ له أن يُوَكِّلَ لنَفْسِه .

الإنصاف

أيضًا ، كالأُولَى . هذا ، نقَلَه فى « الفُروعِ » . وقال فى « التَّلْخيصِ » ، فيما إذا قال : وَكِّلْ عَنِّى : أنَّه وَكِيلُ المُوَكِّلِ . وقطَع به . وقال ، فيما إذا قال : وَكِّلْ عنك . هل يكونُ وَكِيلَ المُوَكِّلِ ، أو وَكِيلَ الوَكِيلِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن . فتَعاكَسا فى مَحَلِّ الخِلافِ . فلعَلَّ ما فى « التَّلْخيصِ » غلَطٌ مِنَ النَّاسِخِ ، فإنَّ الطَّرِيقَةَ الأُولَى أصْوَبُ ، وأوْفَقُ للأُصولِ ، أو يكونُ طَرِيقَةً ، وهو بعيدٌ . وإنْ قال : وَكِّلْ . ولم

المقنع وَيَجُوزُ تَوْكِيلُ عَبْدٍ غَيْرِهِ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ، وَلَا يَجُوزُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ .

الشرح الكبير **١٩٩٤** – مسألة : (ويَجُوزُ تَوْكِيلُ عَبْدِ غيرِه بإذْنِ سَيِّدِه) لأنَّ المَنْعَ لِحَقِّ السَّيِّدِ ، فجاز بإذْنِه (ولا يَجُوزُ بغيرِ إذْنِه) لأنَّه لا يجوزُ له التَّصرفُ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه ؛ لكَوْنِه مَحْجُورًا عليه . فإذا [١٣٥/٤ و] أذِنَ فى ذلك ، صَحَّ ، كما تصِحُّ تَصَرُّفاتُه بإذْنِه .

الإنصاف يقُلْ : عَنِّى . ولا : عنك . فهل يكونُ وَكِيلَ الوَكِيلِ كالأُولَى ، أو وَكِيلَ المُوَكِّلِ كالثَّانِيَةِ ؟ فيه وَجْهان.. وأطْلَقهما فى « التَّلْخيص » ، و « الرِّعايَةِ » ، و « الفُروعِ » ؛ أحدُهما ، يكونُ وَكِيلًا للمُوَكِّلِ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، وابنُ رَجَبٍ ، فى آخرِ « القاعِدَةِ الحادِيَةِ والسِّتِّين » . والثَّانى ، يكونُ وَكِيلَ الوَكيلِ . وأمَّا إذا وَكَّلَ فيما يتَوَلَّى مِثْلُه بنَفْسِه ، أو يَعْجِزُ عنه لكَثْرَتِه ، أو قُلْنا : يجوزُ له التَّوْكيلُ مِن غيرِ إذْنٍ . ووَكَّلَ ، فإنَّ الوَكِيلَ الثَّانِىَ وَكِيلُ الوَكِيلِ . جزَم به المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . الثَّالثةُ ، حيثُ حكَمْنا بأنَّ الوَكِيلَ الثَّانِىَ وَكِيلٌ للمُوَكِّلِ ، فإنَّه يَنْعَزِلُ بعَزْلِه ، وبمَوْتِه ونحوِه ، ولا يَمْلِكُ الوَكِيلُ الأوَّلُ عَزْلَه ، ولا ينْعَزِلُ بمَوْتِه . وحيثُ قُلْنا : هو وَكِيلُ الوَكِيلِ . فإنَّه يَنْعَزِلُ بعَزْلِه وبمَوْتِه ، ويَنْعَزِلُ بعَزْلِ المُوَكِّلِ أيضًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « التَّلْخيصِ » وغيرِه . قال فى « الفُروعِ » : والأصحُّ له عَزْلُ وَكِيلِ وَكِيلِه . وقال فى « الرِّعايَةِ » : له عزْلُه فى أصحِّ الوَجْهَيْن . وقيل : ليس له عَزْلُه .

قوله : ويجوزُ تَوْكِيلُ عَبْدِ غيرِه بإذْنِ سَيِّدِه ، ولا يجوزُ بغيرِ إذْنِه . بلا نِزاعٍ فى الجُمْلَةِ . وفى صِحَّةِ تَوْكِيلِه فى نِكاحٍ بلا إذْنِ سيِّدِه وَجْهان . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » ، وأطْلَقهما فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِيَيْن » ،

المقنع

وَإِنْ وَكَّلَهُ بِإِذْنِهِ فِى شِرَاءِ نَفْسِهِ مِنْ سَيِّدِهِ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

١٩٩٥ – مسألة : (فإن وَكّلَه بإذْنِه فى شِراءِ نَفْسِه مِن سَيِّدِه ، فعلى رِوايَتَيْن) إحْداهما ، يَصِحُّ . وبه قال أبو حنيفةَ ، وبعضُ الشّافِعيَّةِ . والثانيةُ ، لا يَجُوزُ . وهو قولُ بعضِ الشّافِعِيَّةِ ؛ لأنَّ يَدَ العَبْدِ كيَدِ سَيِّدِه ، فأشْبَهَ مالو وَكَّلَه فى الشِّراءِ مِن نَفْسِه ، ولهذا يُحْكَمُ للإِنْسانِ بما فى يَدِ عَبْدِه . ولَنا ، أنَّه يَجُوزُ أن يَشْتَرِىَ عَبْدًا مِن غيرِ مَوْلاه ، فجاز أن يَشْتَرِيَه مِن مَوْلاه ، كالأجْنَبِىِّ ، وإذا جازَ أن يَشْتَرِىَ غيرَه ، جاز أن يَشْتَرِىَ نَفْسَه ، كما أنَّ المرأةَ

الإنصاف

و « الفائقِ » ، فى صِحَّةِ قَبُولِه ؛ أحدُهما ، لا يصِحُّ التَّوْكيلُ فى الإِيجابِ ولا القَبُولِ . جزَم به فى « التَّلْخيصِ » . قال فى « الشَّرْحِ » : ولا يجوزُ تَوْكيلُ العَبْدِ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه . وهو ظاهرُ كلامِه فى « الكافِى » ، و « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » ، و « القواعِدِ الأُصولِيَّةِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، يصِحَّان منه . اخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وقيل : يصِحُّ فى القَبُولِ دُونَ الإِيجابِ . وهو ظاهرُ كلامِه فى « المُغْنِى » .

فائدة : لا يُشْترَطُ إذْنُ سيِّدِه فيما يَمْلِكُه وحدَه ؛ فيجوزُ تَوْكِيلُه فى الطَّلاقِ مِن غيرِ إذْنِ سيِّدِه ، كما يجوزُ له الطَّلاقُ مِن غيرِ إذنِه . وكذلك السَّفِيهُ .

قوله : وإنْ وَكَّله بإذْنِه فى شِراءِ نَفْسِه مِن سَيِّدِه ، فعلى وَجْهَيْن . وكذا حَكاهما فى « الهِدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم . وحَكاهما رِوايتَيْن فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وأطْلَقهما فى « الهِدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ،

الشرح الكبير

لَمّا جاز تَوْكِيلُها فى طَلاقِ غيرِها ، جاز فى طَلاقِ نَفْسِها . والوَجْهُ الذى ذَكَرُوه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ أكْثَرَ مَا يُقَدَّرُ[1] جَعْلُ تَوْكِيلِ العَبْدِ كتَوْكِيلِ سَيِّدِه ، وَسنَذْكُرُ صِحَّةَ تَوْكِيلِ السَّيِّدِ فى البَيْعِ والشِّراءِ مِن نَفْسِه ، فهٰهُنا أوْلَى . فعلى هذا ، إذا قال العَبْدُ : اشْتَرَيْتُ نَفْسِى لزيدٍ . وصَدَّقاه ، صَحَّ ، ولَزِم زيدًا الثَّمَنُ . وإن قال السَّيِّدُ : ما اشتَرَيْتَ نَفْسَكَ إلَّا لِنَفْسِك . عَتَق العَبْدُ ؛ لإقْرارِ السَّيِّدِ على نَفْسِه بما يَعْتِقُ به العَبْدُ[2] ، ويَلْزَمُ العَبْدَ الثَّمَنُ فى ذِمَّتِه لسَيِّدِه ؛ لأنَّ زيدًا لا يَلْزَمُه الثَّمَنُ ، لعَدَمِ حُصُولِ العَبْدِ له ، وكَوْنِ سَيِّدِه لا يَدَّعِيه عليه ، فلَزِمَ العَبْدَ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ مِمَّن باشَرَ العَقْدَ أنَّه له . وإن صَدَّقَه السَّيِّدُ وكَذَّبَهُ زيدٌ ، نَظَرْتَ فى تكْذِيبِه ، فإن كَذَّبَه فى الوَكالَةِ ، حَلَف وَبرِئَ ، وللسَّيِّدِ فَسْخُ البَيْعِ ، واسْتِرْجاعُ عَبْدِه لتَعَذُّرِ ثَمَنِه ، وإن صَدَّقَه فى الوَكالَةِ ، وقال : ما اشْتَرَيْتَ نَفْسَكَ لى . فالقولُ قولُ العَبْدِ ؛ لأنَّ الوَكِيلَ يُقْبَلُ قَوْلُه فى التَّصَرُّفِ المَأْذُونِ فيه .

الإنصاف

و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ؛ أحدُهما ، يصِحُّ . وهو المذهبُ . وجزَم به فى « الكافِى » . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » . واخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . قال فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » : صحَّ فى الأصحِّ . قال فى « القواعِدِ الأُصوليَّةِ » : الصَّحيحُ الصِّحَّةُ . وقدَّمه فى « الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغيرِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » .

---

(١) بعده فى م : « هٰهنا » .

(٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

فصل : وإذا وَكَّلَ عَبْدَه فى إعْتاقِ نَفْسِه ، أو امْرأتَه فى طَلاقِ نَفْسِها ، صَحَّ . وإن وَكَّلَ العَبْدَ فى إعْتاقِ عَبِيدِه ، أو المرأةَ فى طَلاقِ نِسائِه ، لم يَمْلِكِ العَبْدُ[1] إعْتاقَ نَفْسِهَ ، ولا المرأةُ طَلاقَ نَفْسِها ؛ لأنَّه يَنْصَرِفُ بإطْلاقِه إلى التَّصَرُّفِ فى غيرِه . ويَحْتمِلُ أنَّ لهما[2] ذلك ؛ لشُمُولِهما[3] عُمُومَ اللَّفْظِ ، كما يَجُوزُ للوَكيلِ فى البَيْعِ أن يَبِيعَ مِن نَفْسِه ، فى إحْدَى الرِّوايتَيْن .

الإنصاف

والوَجْهُ الثَّانى ، لا يصِحُّ . فعلى المذهبِ ، لو قال : اشْتَرَيْتُ نَفْسِى لزَيْدٍ . وصدَّقاه ، صحَّ . ولو قال السَّيِّدُ : ما اشْتَرَيْتَ نَفْسَك إلَّا لنَفْسِك . عتَق ، ولَزِمَه الثَّمَنُ . وإنْ صدَّقَه السَّيِّدُ فى الأُولَى ، و[4]كذَّبه زَيْدٌ ، نظَرْتَ فى تكْذِيبِه ؛ فإنْ كذَّبه فى الوَكالَةِ ، حلَف وبَرِئَ ، وللسَّيِّدِ فَسْخُ البَيْعِ . وإنْ صدَّقه فى الوَكالَةِ ، وقال : ما اشْتَرَيْتَ نَفْسَك لى . فالقَوْلُ قوْلُ العَبْدِ . قالَه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وقال فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » : لو قال : ما اشْتَرَيْتَ نَفْسَك مِنِّى إلَّا لك . فقال : بلْ لزَيْدٍ . فكَذَّبه زيْدٌ ، عتَق ، ولَزِمَه الثَّمَنُ . وإنْ صدَّقَه ، لم يَعْتِقْ . قلتُ : بلَى . انتهى .

تنبيه : مَفْهومُ قوْلِه : وإنْ وَكَّلَه بإذْنِه فى شِراءِ نَفْسِه . أنَّه لا يصِحُّ تَوْكِيلُه بغيرِ إذْنِ سيِّدِه فى شِراءِ نَفْسِه . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، قدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وجزَم به كثيرٌ مِنَ الأصحابِ . وقيل : يصِحُّ . وأطْلَقَهما فى « القواعِدِ الأُصولِيَّةِ » .

---

(١) سقط من : م .
(٢) فى الأصل : « لهم » .
(٣) فى الأصل : « لشمولها » .
(٤) فى الأصل ، ط : « أو » .

المقنع وَالْوَكَالَةُ عَقْدٌ جَائِزٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ ، لِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسْخُهَا .

الشرح الكبير وإن وَكَّلَ غَرِيمَه فى إبْراءِ نَفْسِه ، صَحَّ ؛ لأنَّه وَكَّلَه فى إسْقاطِ حَقٍّ عن[1] نَفْسِه ، فهو كتَوْكِيلِ العَبْدِ فى إعْتاقِ نَفسِه . وإن وَكَّلَه فى إبْراءِ غُرَمائِه ، لم يكنْ له أن يُبْرِئَ نَفْسَه ، كما لو وَكَّلَه فى حَبْسِ غُرَمائِه ، لم يَمْلِكْ حَبْسَ نَفْسِه ، وإن وَكَّلَه فى خُصُومَتِهم ، لم يكنْ وَكِيلًا فى خُصُومَةِ نَفْسِه . ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَ إبْراءَ نَفْسِه ؛ لِما ذَكَرْنا مِن قبلُ . وإن وَكَّلَ المَضْمُونَ عنه فى إبْراءِ الضّامِنِ ، فأبْرَأه ، صَحَّ ، و لم يَبْرَأ المَضْمُونُ عنه . وإن وَكَّلَ الضّامِنَ فى إبْراءِ المَضْمُونِ [١٣٥/٤ ظ] عنه ، أو الكَفِيلَ فى إبْراءِ المَكْفُولِ عنه ، صَحَّ ، وبَرِئَ الوَكِيلُ ببراءَتِه ؛ لأنَّه فَرْعٌ عليه ، فإذا بَرِئَ الأصْلُ بَرِئَ الفَرْعُ .

١٩٩٦ - مسألة : (والوَكالَةُ عَقْدٌ جائِزٌ مِن الطَّرَفَيْن ، لكلِّ واحِدٍ منهما فَسْخُها) متى شاء ؛ لأنَّه إذْنٌ فى التَّصَرُّفِ ، فكان لكلِّ واحِدٍ منهما

الإنصاف **فائدة** : لو وَكَّلَ عَبْدَ غيرِه بإذْنِ سيِّدِه فى شِراءِ عَبْدِ غيرِه مِن سيِّدِه ، فهل يصِحُّ ؟ على [٢/ ١٤٩و] رِوايتَيْن . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ؛ إحْداهما ، يصِحُّ . وهو المذهبُ . جزَم به فى « الكافِى » . قال فى « الوَجيزِ » : ومَن وكَّلَ عَبْدَ غيرِه بإذْنِ سيِّدِه ، صحَّ . وقدَّمه فى « المُغْنِى » . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، لا يصِحُّ . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » .

قوله : والوَكالَةُ عَقْدٌ جائِزٌ مِنَ الطَّرَفَيْن لكلِّ واحدٍ منهما فَسْخُها . بلا نِزاعٍ . فلو قال : وَكَّلْتُك ، وكُلَّما عزَلْتُك فقد وَكَّلْتُك . انْعزَلَ بقَوْلِه : عزَلْتُك وكُلَّما

---

(١) فى م : « من » .

المقنع

وَتَبْطُلُ بِالْمَوْتِ ، وَالْجُنُونِ ، وَالْحَجْرِ لِلسَّفَهِ . وَكَذَلِكَ كُلُّ عَقْدٍ جَائِزٍ ، كَالشَّرِكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ . وَلَا تَبْطُلُ بِالسُّكْرِ ، وَالْإِغْمَاءِ ، وَالتَّعَدِّى .

الشرح الكبير

إبْطالُه ، كالإذْنِ فى أكْلِ طَعامِه . فإن وَكَّلَ المُرْتَهِنَ فى بَيْعِ الرَّهْنِ ، ففيه اخْتِلافٌ ذَكَرْناه .

١٩٩٧ – مسألة : (وتَبْطُلُ بالمَوْتِ ، والجُنُونِ ، والحَجْرِ للسَّفَهِ . وكذلك كلُّ عَقْدٍ جائزٍ ، كالشَّرِكَةِ والمُضارَبَةِ . ولا تَبْطُلُ بالسُّكْرِ ، والإغماءِ ، والتَّعَدِّى) تَبْطُلُ الوَكالَةُ بمَوْتِ المُوَكِّلِ أو[1] الوَكِيلِ ، [2]وجُنُونِه المُطْبِقِ[2] ، بغيرِ خِلافٍ عَلِمْناه ، إذا عُلِم الحالُ .

الإنصاف

وَكَّلْتُك فقد عزَلْتُك . وتُسَمَّى الوَكالَةُ الدَّوْرِيَّةُ ؛ وهو فَسْخٌ مُعَلَّقٌ بشَرْطٍ . قالَه فى « الفُروعِ » . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، صِحَّتُها . وجزَم به فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » . قال فى « التَّلْخيصِ » : قِياسُ المذهبِ ، صِحَّةُ الوَكالَةِ الدَّوْرِيَّةِ ، بِناءً على أنَّ الوَكالَةَ قابِلَةٌ للتَّعْليقِ عندَنا ، وكذلك فَسْخُها . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : لا تصِحُّ ؛ لأنَّه يُؤَدِّى إلى أنْ تَصِيرَ العُقودُ الجائِزَةُ لازِمَةً ، وذلك تَغْييرٌ لقاعِدَةِ الشَّرْعِ ، وليس مَقْصودُ المُعَلِّقِ إيقاعَ الفَسْخِ ، وإنَّما قَصْدُه الامْتِناعُ مِنَ التَّوْكيلِ ، وحَلُّه قبلَ وُقوعِه ، والعُقودُ لا تُفْسَخُ قبلَ انْعِقادِها . ذكَرَه ابنُ رَجَبٍ فى « القاعِدَةِ الثَّامِنَةَ عشَرَةَ بعدَ المِائَةِ » .

قوله : وتَبْطُلُ بالمَوْتِ والجُنُونِ . تَبْطُلُ الوَكالَةُ بمَوْتِ الوَكيلِ أوِ المُوَكِّلِ ،

---

(١) فى ر ، ق ، م : « و » .
(٢ – ٢) فى م : « وجنون المطلق » .

الشرح الكبير

وكذلك تَبْطُلُ بخُرُوجِه عن أَهْلِيَّةِ التَّصرُّفِ ، كالحَجْرِ عليه لسَفَهٍ ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ التَّصرُّفَ ، فلا يَمْلِكُه غيرُه مِن جِهَتِه ، كالجُنُونِ والمَوْتِ . وكذلك كلُّ عَقْدٍ جائزٍ ، كالشَّركَةِ والمُضارَبَةِ ، قِياسًا على الوَكالَةِ . قال أحمدُ فى الشَّرِكَةِ : إذا وُسْوِسَ أحَدُهما ، فهو مِثْلُ العَزْلِ .

فصل : فإن حُجِر على الوَكِيلِ لفَلَسٍ ، فالوَكالَةُ بحالِها ؛ لأنَّه لم يَخْرُجْ عن أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ . وإن حُجِر على المُوَكِّلِ ، وكانتِ الوَكالَةُ فى أَعْيانِ مالِه ، بَطَلَتْ ؛ لانْقِطاعِ تَصَرُّفِه فيها[1] . وإن كانت فى الخُصُومَةِ ، أو الشِّراءِ فى الذِّمَّةِ ، أو الطَّلاقِ ، أو الخُلْعِ ، أو القِصاصِ ، لم تَبْطُلْ ؛ لأنَّ المُوَكِّلَ أهْلٌ لذلك . وإن فَسَق الوَكِيلُ لم يَنْعَزِلْ ؛ لأنَّه مِن أهْلِ[2] التَّصرُّفِ ، إلَّا أن تكونَ الوَكالَةُ فيما يُنافِيه الفِسْقُ ، كالإِيجابِ فى عَقْدِ

الإنصاف

بغيرِ خِلافٍ نعْلَمُه . لكِنْ لو وَكَّلَ وَلِيُّ اليَتيمِ وناظِرُ الوَقْفِ ، أو عقَد عقْدًا جائِزًا غيرَها ؛ كالشَّرِكَةِ ، والمُضارَبَةِ ، فإنَّها لا تَنْفَسِخُ بمَوْتِه ؛ لأنَّه مُتَصرِّفٌ على غيرِه . قطَع به فى « القاعِدَةِ الحادِيَةِ والسِّتِّين » . وتَبْطُلُ بالجُنونِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . قال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » : تَبْطُلُ بالجُنونِ المُطْبِقِ ، بغيرِ خِلافٍ عَلِمْناه . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : لا تَبْطُلُ به . وأطْلَقهما فى « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » . وقال فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » : وفى جُنونِه ، وقيل : المُطْبِقِ .

---

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

النِّكاحِ ، فإنَّه يَنْعَزِلُ بفِسْقِ أحَدِهما ؛ لخُرُوجِه عن أهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ . وإن كان وَكِيلًا فى القَبُولِ ، لم يَنْعزِلْ بفِسْقِ مُوَكِّلِه ؛ لأنَّه لا يُنافِى جَوازَ[1] قَبُولِه . وهل يَنْعزِلُ بفِسْقِ نَفْسِه ؟ على وَجْهَيْن ؛ أوْلاهما ، أنَّه لا يَنْعزِلُ ؛ لأنَّه يَجُوزُ أن يَقْبَلَ النِّكاحَ لنَفْسِه ، فجاز أن يَقْبَلَه لغيرِه ، كالعدْلِ . وإن كان وَكِيلًا فيما يُشْتَرَطُ فيه الأمانَةُ ، كوَكِيلِ وَلِىِّ اليَتِيمِ ، ووَلِىِّ الوَقْفِ على المَساكِينِ ، ونحوِ هذا ، انْعزَلَ بفسْقِه ، وفِسْقِ مُوَكِّلِه ؛ لخُرُجِهما بذلك عن أهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ . وإن كان وَكِيلًا لوَكِيلِ مَن يتَصَرَّفُ فى مالِ نَفْسِه ، انْعزَلَ بفسْقِه ؛ لأنَّ الوَكِيلَ ليس له تَوْكِيلُ فاسِقٍ ، ولا يَنْعزِلُ بفِسْقِ مُوَكِّلِه ؛ لأنَّ مُوَكِّلَه وَكِيلٌ لرَبِّ المالِ ، ولا يُنافِيه الفِسْقُ .

الإنصاف

وَجْهان . وقال النَّاظِمُ :

وفِسْقٍ مُنافٍ للْوَكالَةِ مُبْطِلٌ   كذا بجُنونٍ مُطْبِقٍ مُتَأَطِّدِ

قوله : وكذلك كلُّ عَقْدٍ جائزٍ - يعنِى ، مِنَ الطَّرَفَيْن - كالشَّرِكَةِ والمضارَبَةِ . وكذا الجَعالَةُ ، والسَّبْقُ ، والرَّمْىُ ، ونحوُهما .

قوله : ولا تَبْطُلُ بالسُّكْرِ والإغْماءِ . أمَّا السُّكْرُ ، فحيثُ قُلْنا : يَفْسُقُ به . فإنَّ الوَكالَةَ تَبْطُلُ فيما يُنافِى الفِسْقَ ، كالإيجابِ فى عَقْدِ النِّكاحِ ونحوِه ، وإلَّا فلا . وأمَّا الإغْماءُ ، فلا تَبْطُلُ به ، قوْلًا واحدًا . قال فى « الفُصولِ » : لا تَبْطُلُ فى قِياسِ المذهبِ . واقْتَصرَ عليه .

قوله : والتَعَدِّى . يعْنِى ، لاتَبْطُلُ الوَكالَةُ بالتَّعَدِّى ؛ كلُبْسِ الثَّوْبِ ، ورُكُوبِ

---

(١) فى الأصل : « قول » .

الشرح الكبير

فصل : ولا تَبْطُلُ الوَكالَةُ بالنَّوْمِ ، والسُّكْرِ ، والإِغْماءِ ؛ لأنَّ ذلك لا يُخْرِجُه عن أهْلِيَّةِ التَّصرُّفِ ، ولا تَثْبُتُ عليه الولايةُ ، إلَّا أن يَحْصُلَ الفِسْقُ بالسُّكْرِ ، فقد ذَكَرْناه مُفَصَّلًا . ولا تَبْطُلُ بالتَّعَدِّى فيما وُكِّلَ فيه ، مثلَ لُبْسِ الثَّوْبِ ، [٤/١٣٦ و] ورُكُوبِ الدَّابَّةِ . وهذا أحَدُ الوَجْهَيْن لأصْحابِ الشافعيِّ . والثانى ، تَبْطُلُ بذلك ، لأنَّها عَقْدُ أَمانَةٍ ، فبَطَلَتْ بالتَّعَدِّى ، كالوَدِيعَةِ . ولَنا ، أنَّه تَصَرُّفٌ بإذْنِ مُوَكِّلِه ، فصَحَّ ، كما لو لم يَتَعَدَّ . ويُفارِقُ الوَدِيعَةَ مِن حيثُ إنَّها أمانَةٌ مُجَرَّدَةٌ ، فنافاها التَّعَدِّى والخِيانَةُ ، والوَكالَةُ إذْنٌ فى التَّصرُّفِ تَضَمَّنَتِ الأمانَةَ ، فإذا انْتَفَتِ الأمانةُ بالتَّعدِّى ، بَقِىَ الإذْنُ بحالِه . فعلى هذا ، لو وَكَّلَه فى بَيْعِ ثَوْبٍ فلَبِسَه ،

الإنصاف

الدَّابَّةِ ، ونحوِهما . وهذا المذهبُ . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . قال فى « القاعِدَةِ الخامِسَةِ والأَرْبَعِين » : والمَشْهورُ ، أنَّها لا تَنْفَسِخُ . قال فى « الرِّعايةِ الصُّغْرى » : تَفْسُدُ فى الأصحِّ . انتهى . وذلك لأنَّ الوَكالَةَ إذْنٌ فى التَّصَرُّفِ مع اسْتِئْمانٍ ، فإنْ زالَ أحدُهما ، لم يَزُلِ الآخَرُ . وقيل : تَبْطُلُ الوَكالَةُ به . حَكاه ابنُ عَقِيلٍ فى « نظرِيَّاتِه » وغيرُه . وجزَم به القاضى فى « خِلافِه » . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايةِ الكُبْرى » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقال فى « المُسْتَوْعِبِ » ، ومَن تابعَه : أطْلَقَ أبو الخَطَّابِ القَوْلَ أنَّها لا تَبْطُلُ بتَعَدِّى الوَكيلِ

الشرح الكبير

صار ضامِنًا . فإذا باعَه ، صَحَّ بَيْعُه ، وبَرِئَ مِن ضَمانِه ؛ لدُخُولِه فى مِلْكِ المُشْتَرِى وضَمانِه . فإذا قَبَضَ الثَّمَنَ ، كان أمانَةً فى يَدِه غيرَ مَضْمُونٍ عليه ؛ لأنَّه قَبَضَه بإذْنِ المُوَكِّلِ و لم يَتَعدَّ فيه . ولو دَفَع إليه مالًا ، ووَكَّلَه أن يَشْتَرِىَ به شيئًا فتَعَدَّى فى الثَّمَنِ ، صار ضامِنًا له[1] ، وإذا اشْتَرَى به وسَلَّمَه زالَ الضَّمانُ ، وقَبْضُه للمَبِيعِ قَبْضُ أمانَةٍ . وإن ظَهَر بالمَبِيعِ عَيْبٌ فرُدَّ عليه ، أو وَجَد هو بما اشْتَراه عَيْبًا فرَدَّه وقَبَض الثَّمَنَ ، كان مَضْمُونًا عليه ؛ لأنَّ العَقْدَ المُزِيلَ للضَّمانِ زال ، فعاد ما زال به .

الإنصاف

فيما وكِّلَ فيه . وهذا فيه تَفْصِيلٌ . ومُلَخَّصُه ، أنَّه إنْ أتْلَفَ بتَعَدِّيه عَيْنَ[2] ما وُكِّلَ فيه ، بطَلَتِ الوَكالَةُ ، وإنْ كانتْ عَيْنُ[2] ما تعَدَّى فيه باقِيَةً ، لم تَبْطُلْ . وهو ظاهِرُ كلامِه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهما ، وهو مُرادُ أبى الخَطَّابِ وغيرِه . وقال فى « القاعِدَةِ الخامِسَةِ والأرْبَعِين » : وظاهِرُ كلامِ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ ، أنَّ المُخالَفَةَ مِنَ الوَكِيلِ تَقْتَضِى فَسادَ الوَكالَةِ ، لا بُطْلانَها ، فيَفْسُدُ العَقْدُ ، ويَصِيرُ مُتَصَرِّفًا بمُجَرَّدِ الإذْنِ . فعلى المذهبِ ، لو تعَدَّى زالَتِ الوَكالَةُ ، وصارَ ضامِنًا ، فإذا تصَرَّفَ كما قال مُوَكِّلُه ، بَرِئَ بقَبْضِه العِوَضَ ، فإنْ رُدَّ عليه بعَيْبٍ ، عادَ الضَّمانُ . قال فى « القواعِدِ » : وعلى المَشْهورِ ؛ إنَّما يَضْمَنُ ما فيه التَّعَدِّى خاصَّةً ، حتى لو باعَه وقبَض ثَمَنَه ، لم يَضْمَنْه ؛ لأنَّه لم يَتعدَّ فى عَيْنِه . ذكَرَه فى « التَّلْخيصِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . ولا يزُولُ الضَّمانُ عن عَيْنٍ[1] ما وقَع فيه التَّعَدِّى بحالٍ ، إلَّا على طَرِيقَةِ ابنِ الزَّاغُونِيِّ فى الوَدِيعَةِ .

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى الأصل ، ط : « غير » .

المقنع

وَهَلْ تَبْطُلُ بِالرِّدَّةِ ، وَحُرِّيَّةِ عَبْدِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

١٩٩٨ – مسألة : (وهل تَبْطُلُ بالرِّدَّةِ ، وحُرِّيَّةِ العبدِ ؟ على وَجْهَيْن) يَصِحُّ تَوْكِيلُ المُسْلِمِ كافِرًا فيما يَصِحُّ تَصَرُّفُه فيه ، سَواءٌ كان ذِمِّيًّا ، أو مُسْتَأْمَنًا ، أو حَرْبِيًّا ، أو مُرْتَدًّا ؛ لأنَّ العَدالَةَ لا تُشْتَرطُ فى صِحَّةِ الوَكالَةِ ، فكذلك الدِّينُ ، كالبَيْعِ . فإن وَكَّلَ مُسْلِمًا فارْتَدَّ ، لم تَبْطُلْ وكالَتُه ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن ، سواءٌ لَحِق بدارِ الحَرْبِ أو أقام . وقال أبو حنيفةَ : تَبْطُلُ إذا لَحِقَ بدارِ الحَرْبِ ؛ لأنَّه صار منهم . ولَنا ، أنَّه يَصِحُّ تَصَرُّفُه لنَفْسِه ، فلم تَبْطُلْ وَكالَتُه ، كما لو لم يَلْحَقْ بدارِ الحَرْبِ ، ولأنَّ الرِّدَّةَ لا تَمْنَعُ ابتداءَ الوَكالَةِ ، فلا تَمْنَعُ اسْتِدامَتَها ، كسائِرِ الكُفْرِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّها تَبْطُلُ بالرِّدَّةِ إذا قُلْنا : إن المُرْتَدَّ تزولُ أمْلاكُه وتَبْطُلُ

الإنصاف

قوله : وهل تَبْطُلُ بالرِّدَّةِ ، وحُرِّيَّةِ عَبْدِه ؟ على وَجْهَيْن . أطْلَقَ المُصَنِّفُ فى بُطْلانِ الوَكالَةِ بالرِّدَّةِ وَجْهَيْن ، وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « الفُروعِ » ؛ أحدُهما ، لا تَبْطُلُ . وهو المذهبُ . صحَّحه فى [٢/ ١٤٩ظ] « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « الكافِى » ، و « الوَجيزِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، تَبْطُلُ . وقيل : تَبْطُلُ برِدَّةِ المُوَكِّلِ دُونَ الوَكِيلِ . قال فى « المُسْتَوْعِبِ » : ولا تَبْطُلُ برِدَّةِ الوَكِيلِ ، وإنْ لَحِقَ بدارِ الحَرْبِ . وهل تَبْطُلُ برِدَّةِ المُوَكِّلِ ؟ على وَجْهَيْن ؛ أصْلُهما ، هل يزُولُ مِلْكُه ، ولا يَنْفُذُ تصَرُّفُه ، أو يكونُ مَوْقُوفًا ؟ على ما يأْتِى فى الرِّدَّةِ . قال فى « الفائِدَةِ السَّادِسَةَ عشْرَةَ » : إنْ قُلْنا : يزُولُ مِلْكُه . بطَلَتْ وَكالَتُه . وأطْلَقَ المُصَنِّفُ أيضًا فى بُطْلانِ الوَكالَةِ بحُرِّيَّةِ عَبْدِه وَجْهَين ، وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ،

الشرح الكبير

تَصَرُّفاتُه . والوَكالةُ تَصَرُّفٌ . وإنِ ارتَدَّ المُوَكِّلُ ، لم تَبْطُلِ الوَكالَةُ فيما له التَّصَرُّفُ فيه ، فأمّا الوَكِيلُ فى مالِه فيَنْبَنِى على تَصَرُّفِه نَفْسِه ، فإن قلنا : يَصِحُّ تصرُّفُه . لم يَبْطُلْ تَوْكِيلُه . وإن قُلْنا : هو مَوْقُوفٌ . فوَكالَتُه مَوْقُوفَةٌ . وإن قُلْنا : يَبْطُلُ تصرُّفُه . بَطَلَ تَوْكِيلُه . وإن وكَّلَ فى حالِ رِدَّتِه ، ففيه الوُجُوهُ الثلاثةُ .

فصل : وإن وَكَّلَ عَبْدَه ، ثم أعْتَقَه أو باعَه ، لم يَنْعَزِلْ ؛ لأنَّ زَوالَ مِلْكِه لا يَمْنَعُ ابْتِداءَ الوَكالَةِ ، فلا يَقْطَعُ اسْتِدامَتَها . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّها تَبْطُلُ ؛ لأنَّ تَوْكِيلَ عَبْدِه ليس بتَوكِيلٍ فى الحَقِيقَةِ ، إنَّما هو اسْتِخْدامٌ بحَقِّ المِلْكِ ، فيَبْطُلُ بزوالِ المِلْكِ [٤/١٣٦ ظ] وهكذا الوَجْهانِ فيما إذا وَكَّلَ عَبْدَ غيرِه ثم باعَه السَّيِّدُ . والصَّحِيحُ الأوّلُ ؛ لأن سَيِّدَ العَبْدِ أذِنَ له فى بَيْعِ مالِه ، والعِتْقُ لا يُبْطِلُ الإذْنَ ، وكذلك البَيْعُ ، إلَّا أنَّ المُشْتَرِىَ إن رَضِىَ ببقائِه على الوَكالَةِ وإلَّا بَطَلَتْ . فإن وَكَّلَ عَبْدَ غيرِه فأعْتَقَه ، فقال شيخُنا[1] : لا تَبْطُلُ الوَكالَةُ وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّ هذا تَوكِيلٌ حَقِيقَةً ،

الإنصاف

و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الهادِى » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ؛ أحدُهما ، لا تَبْطُلُ . وهو المذهبُ . صحَّحه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الفائقِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . وقيل : تَبْطُلُ . قدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » .

(١) فى : المغنى ٧/٢٣٧ .

الشرح الكبير

والعِتْقُ غيرُ مُنافٍ له[1] . وإنِ اشْتَرَاهُ المُوَكِّلُ منه ، لم تَبْطُلْ ؛ لأنَّ مِلْكَه إيّاه لا ينافِى إذْنَه له فى البَيْعِ والشِّراءِ . وإن وَكَّلَ امْرَأتَه ، ثم طَلَّقَها ، لم تَبْطُلِ الوَكالةُ ؛ لأنَّ[1] زوالَ النِّكاحِ لا يَمْنَعُ ابْتِداءَ الوَكالةِ ، فلم يَمْنَعِ اسْتِدامَتَها .

فصل : وإن تَلِفَتِ العَيْنُ التى وَكَّلَ فى التَّصرُّفِ فيها ، بَطَلَتِ الوَكالةُ ؛ لأن مَحلَّها ذَهَب ، فذَهَبَتِ الوَكالةُ ، كما لو وَكَّله فى بَيْعِ عَبْدٍ فمات . و[2] لو دَفَع إليه دِينارًا ، ووَكَّلَه فى الشِّراءِ [3]به فهَلَكَ الدِّينارُ أو ضاع ، أو تَصرَّفَ فيه الوَكِيلُ ، بَطَلَتِ الوَكالَةُ ، سَواءٌ وَكَّلَه فى الشِّراءِ[3] بعَيْنِه أو مُطْلَقًا ؛ لأنَّه إن وَكَّلَه فى الشِّراءِ بعَيْنِه ، فقد اسْتَحالَ الشِّراءُ به بعدَ تَلَفِه ،

الإنصاف

فائدة : وكذا الحُكْمُ لو باعَ عَبْدَه . قال فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » : قلت : أو وهَبَه ، أو كاتَبَه . انتهى . وكذا لو وَكَّلَ عَبْدَ غيرِه ، فباعَه الغَيْرُ . وأمَّا إذا وَكَّلَ عَبْدَ غيرِه ، فأعْتَقَه ذلك الغيرُ ، لم تَبْطُلِ الوَكالَةُ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم .

فوائد ؛ منها ، لو وَكَّلَ امْرأتَه ، ثم طَلَّقَها ، لم تَبْطُلِ الوَكالَةُ . ومنها ، لو جحَد أحدُهما الوَكالَةَ ، فهل تَبْطُلُ ؟ فيه وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « النَّظْمِ » ؛ أحدُهما ، تَبْطُلُ . اخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » ، فيما إذا

---

(1) سقط من : الأصل .

(2) فى م : « وكذا » .

(3 - 3) سقط من : م .

الشرح الكبير

فَبَطَلَتِ الوَكالَةُ ، وإن وَكَّلَه فى الشِّراءِ مُطْلَقًا . ونَقَد الدِّينارَ ، بَطَلَتْ أيضًا ؛ لأنَّه إنَّما وَكَّلَه فى الشِّراءِ به ، ومَعْناه أن يَنْقُدَه ثَمَنَ ذلك المَبِيعِ ، إمّا قبلَ الشِّراءِ أو بعدَه ، وقد تَعَذَّرَ ذلك بتَلَفِه ، ولأنَّه لو صَحَّ شِراؤُه ، للَزِمَ المُوَكِّلَ ثَمَنٌ لم يَلْتَزِمْه ، ولا رَضِىَ بلُزُومِه . وإنِ اسْتَقْرَضَه الوَكِيلُ ، وعَزَل دِينارًا عِوَضَه واشْتَرَى به ، فهو كالشِّراءِ له مِن غيرِ إذْنٍ ؛ لأنَّ الوَكالَةَ بَطَلَتْ ، والدِّينارُ الذى عَزَلَه عِوَضًا لا يَصِيرُ للمُوَكِّلِ حتى يَقْبِضَه ، فإذا اشْتَرَى للمُوَكِّلِ به شيئًا ، وَقَف على إجازَةِ المُوَكِّلِ ، فإن أجازَه ، صَحَّ ، ولَزِمَه الثَّمَنُ ، وإلَّا لَزِم الوَكِيلَ . وعنه ، يَلْزَمُ الوَكِيلَ بكلِّ حالٍ . وقال القاضى : متى اشْتَرَى بعَيْنِ مالِه شيئًا لغيرِه بغيرِ إذْنِه ، فالشِّراءُ باطِلٌ ؛ لأنَّه[1] لا يَصِحُّ أن يَشْتَرِىَ بعَيْنِ مالِه ما يَمْلِكُه غيرُه . وقال أصحابُ الشافعىِّ : متى اشْتَرَى بعَيْنِ مالِه شيئًا لغيرِه ، صَحَّ الشِّراءُ للوَكِيلِ ؛ لأنه اشْتَرَى له ما لم يُؤْذَنْ له فيه ، أشْبَهَ ما لو اشْتَراهُ فى الذِّمَّةِ .

فصل : نَقَل الأثْرَمُ عن أحمدَ ، فى رجلٍ كان له على آخَرَ دَراهِمُ ، فقال له : إذا أمْكَنَك قَضاؤُها فادْفَعْها إلى فُلانٍ . وغاب صاحِبُ الحَقِّ ، و لم

الإنصاف

جُحِدَ التَّوْكِيلُ . والوَجْهُ الثَّانى ، لا تَبْطُلُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » . وقيل : تَبْطُلُ إنْ تعَمَّدَ ، وإلَّا فلا . ومنها ، لا تَبْطُلُ الوَكالَةُ بالإباقِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « الوَجيزِ » ، وقيل: تَبْطُلُ[2]. وتقدَّم نَظِيرُها فى أحْكامِ العَبْدِ ، فى البابِ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل ، ط : « لا تبطل » .

الشرح الكبير

يُوص إلى هذا الذى أَذِنَ له فى القَبْضِ ، لكنْ جعَلَه وَكِيلًا ، وتَمكَّنَ مَن عليه الدَّيْنُ مِن القَضاءِ ، فخاف إن دَفَعها إلى الوَكِيلِ أن يكونَ المُوَكِّلُ قد مات ، ويَخافُ التَّبِعَةَ مِن الوَرَثةِ ، فقال : لا يُعْجِبُنِى أن يَدْفَعَ إليه ، لَعلَّه قد مات ، لكنْ يَجْمَعُ بينَ الوَكِيلِ والوَرَثةِ ، ويَبْرَأُ إليهما مِن ذلك . هذا ذَكَره أحمدُ على طَرِيقِ النَّظَرِ للغَرِيمِ ، خَوْفًا مِن التَّبِعَةِ [١٣٧/٤ و] مِن الوَرَثةِ إن كان مَوْرُوثُهم قد مات فانْعَزَلَ وَكِيلُه وصار الحَقُّ لهم ، فيَرْجِعُون على الدّافِعِ إلى الوَكِيلِ . فأمّا مِن طَرِيقِ الحُكْمِ ، فللوَكِيلِ المطالَبَةُ ، وللآخَرِ الدَّفْعُ إليه ، فإنَّ أحمدَ قد نَصَّ فى رِوايةِ حَرْبٍ : إذا وَكَّلَه (1)فى الحَدِّ(1) وغاب ، اسْتَوفاه الوَكِيلُ . وهو أبْلَغُ مِن هذا ؛ لكَوْنِه يُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ ، لكنَّ هذا الاحْتِياطُ حَسَنٌ ، وتَبْرِئَةٌ للغَرِيمِ ظاهِرًا وباطِنًا ، وإزالَةُ التَّبِعَةِ عنه . وفى هذه الرِّوايَةِ دَلِيلٌ على أنَّ الوَكِيلَ انْعَزَلَ بمَوْتِ المُوَكِّلِ وإن لم يَعْلَمْ بمَوْتِه ؛ لأنه اخْتارَ أن لا يَدْفَعَ إلى الوَكِيلِ خَوْفًا مِن أن يكونَ المُوَكِّلُ قد مات فانْتَقَلَ إلى الوَرَثةِ . ويَجُوزُ أن يكونَ اخْتارَ هذا لئلَّا يكونَ القاضى ممَّن يَرَى أنَّ الوَكِيلَ يَنْعَزِلُ بالمَوْتِ ، فيَحْكُمُ عليه بالغرامةِ ، وفيها

الإنصاف

الذى قبلَه . ومنها ، لو وَكَّلَه فى طَلاقِ زَوْجَتِه ، فوَطِئَها ، بطَلَتِ الوَكالَةُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ والرِّوايتَيْن . وعنه ، لا تَبْطُلُ . فعلى المذهبِ ، فى بُطْلانِها بقُبْلَةٍ ، ونحوِها خِلافٌ ؛ بِناءً على الخِلافِ فى حُصُولِ الرَّجْعَةِ به ، على ما يأْتِى فى بابِه ، إنْ شاءَ اللهُ تعالَى . ومنها ، لو وَكَّلَه فى عِتْقِ عَبْدٍ ، فكاتَبَه أو دَبَّرَه ، بطَلَتِ الوَكالَةُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . ويَحْتَمِلُ صِحَّةُ عِتْقِه .

(١ - ١) سقط من : م .

المقنع

وَهَلْ يَنْعَزِلُ الْوَكِيلُ بِالْمَوْتِ وَالْعَزْلِ قَبْلَ عِلْمِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

دَلِيلٌ على جوازِ تَراخِي القَبُولِ عن الإيجابِ ؛ لأنَّه وَكَّلَه فى قَبْضِ الحَقِّ ولم يَعْلَمْه ، ولم يكنْ حاضِرًا فيَقْبَلَ . وفيها دَلِيلٌ على صِحَّةِ التَّوكيلِ[1] بغيرِ لَفْظِ التَّوكيل . وقد نَقَل جَعْفَرُ بنُ محمدٍ ، فى رَجلٍ قال لرجلٍ : بِعْ ثَوْبِى . ليس بشيءٍ حتى يقولَ : قد وَكَّلْتُكَ . وهذا سَهْوٌ مِن النّاقِلِ . وقد تَقَدَّمَ ذِكْرُ الدَّلِيلِ على جوازِ التَّوْكيلِ بغيرِ لفظِه[2]،وهو الذى نَقَلَه الجَمَاعَةُ .

١٩٩٩ - مسألة : (وهل يَنْعزِلُ الوَكِيلُ بالمَوْتِ والعَزْلِ قبلَ عِلْمِه ؟ على رِوايَتَيْنِ) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ الوَكالَةَ عَقْدٌ جائِزٌ مِن الطَّرَفَيْنِ ، وقد ذَكَرْنا ذلك ، فللمُوَكِّلِ عَزْلُ وَكِيلِه متى شاء ، وللوَكِيلِ عَزْلُ نَفْسِه [3]وقد ذَكَرْنَاه[3] . وتَبْطُلُ بموتِ أحَدِهما ، وجُنُونِه المُطْبِقِ . ولا خِلافَ نَعْلَمُه فى ذلك مع العِلْمِ بالحالِ . فمتى تَصَرَّفَ بعدَ فَسْخِ المُوَكِّلِ أو

الإنصاف

قوله : وهل يَنْعَزِلُ الوَكِيلُ بالمَوْتِ والعَزْلِ قبلَ عِلْمِه ؟ على رِوايتَيْن . وأطْلَقهما فى « الهِدايةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايةِ الكُبْرى » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « شَرْحِ المَجْدِ » ، و « شَرْحِ المُحَرَّرِ » ؛ إحْداهما ، يَنْعَزِلُ . وهو المذهبُ ، وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . قال فى

(١) فى الأصل : « التوكل » .
(٢) انظر ما تقدم فى صفحة ٤٣٦ ، ٤٣٧ .
(٣ - ٣) سقط من : م .

الشرح الكبير

مَوْتِه ، فهو باطِلٌ إذا عَلِمَ ذلك . وإن لم يَعْلَمْ بالعَزْلِ ، ولا بمَوْتِ المُوَكِّلِ ، ففيه رِوايَتان . وللشافِعِىِّ فيه قَوْلان ؛ أحَدُهما ، يَنْعزِلُ . وهو ظاهِرُ كَلامِ الخِرَقِىِّ . فعلى هذا ، متى تَصَرَّفَ فبان أنَّ تَصَرُّفَه بعدَ عَزْلِه أو مَوْتِ مُوَكِّلِه ، فتَصَرُّفُه باطِلٌ ؛ لأنَّه رَفْعُ عَقْدٍ لا يَفْتَقِرُ إلى رِضا صاحِبِه ، فصَحَّ بغيرِ عِلْمِه ، كالطَّلاقِ والعَتاقِ . والثانيةُ ، لا يَنْعَزِلُ قبلَ عِلْمِه . نَصَّ عليه أحمدُ فى رِوايَةِ جَعْفرِ بن محمدٍ ؛ لِما فى ذلك مِن[1] الضَّرَرِ ؛ لأنَّه قد يَتَصَرَّفُ تَصَرُّفاتٍ[2] فتَقَعُ باطِلةً ، ورُبَّما باع الجارِيَةَ فيَطَؤُها المُشْتَرِى ، أو الطَّعامَ فيَأْكُلُه ، أو غيرَ ذلك ، فيَتَصَرَّفُ فيه المُشْتَرِى ، ويَجِبُ ضَمانُه ، فيَتَضَرَّرُ المُشْتَرِى والوَكِيلُ . [3]ولأنَّه[3] يَتَصَرَّفُ بأمْرِ المُوَكِّلِ ، فلا يَثْبُتُ حُكْمُ الرُّجُوعِ فى حَقِّ المأْمُورِ قبلَ عِلْمِه ، كالفَسْخِ . فعلى هذه الرِّوايَةِ ، متى تَصَرَّفَ قبلَ العِلْمِ ، صَحَّ تَصَرُّفُه . وهذا قولُ

الإنصاف

« المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » : انْعَزَلَ فى أصحِّ الرِّوايتَيْن . وصَحَّحه فى « الخُلاصَةِ » . واخْتارَه أبو الخَطَّابِ ، والشَّرِيفُ ، وابنُ عَقِيلٍ . قال فى « الفُروعِ » : اخْتارَه الأكثرُ . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : هذا أشْهَرُ . قال القاضى : هذا أشْبَهُ بأُصولِ المذهبِ ، وقِياسٌ لقَوْلِنا : إذا كان الخِيارُ لهما ، كان لأحَدِهما الفَسْخُ مِن غيرِ حُضُورِ الآخَرِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « نِهايَةِ ابنِ رَزِينٍ » ، وغيرِهم . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، لا يَنْعَزِلُ . نصَّ عليها ، فى رِوايَةِ ابنِ

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) بعده فى الأصل : « كثيرة » .

(٣ - ٣) فى م : « لأنه » .

الشرح الكبير

أبى حنيفةَ . ورُوِىَ عن أبى حنيفةَ أنَّ [١٣٧/٤ ظ] الوَكِيلَ إن عَزَلَ نَفْسَه ، لم يَنْعَزِلْ إلَّا بحَضْرَةِ المُوَكِّلِ ؛ لأنَّه مُتَصَرِّفٌ بأمْرِ المُوَكِّلِ ، فلا يَصِحُّ رَدُّ أمْرِه بغيرِ حَضْرَتِه ، كالمُودَعِ فى رَدِّ الوَدِيعَةِ . وَوَجْهُ الأوَّلِ ما ذَكَرْناه . فأما الفَسْخُ ففيه وَجْهان كالرِّوايَتَيْنِ . ويُمْكِنُ الفَرْقُ بينَهما بأنَّ أمْرَ الشّارِعِ يَتَضَمَّنُ المَعْصِيَةَ بتَرْكِه ، ولا يكونُ عاصِيًا مع عَدَمِ العِلمِ ، وهذا يَتَضَمَّنُ العَزْلُ عنه إبْطالَ التَّصَرُّفِ ، فلا يَمْنَعُ منه عَدَمُ العِلْمِ .

الإنصاف

مَنْصُورٍ ، وجَعْفَرِ بنِ محمدٍ ، وأبِى الحارِثِ . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِيَيْن » . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وقيل : يَنْعَزِلُ بالمَوْتِ لا بالعَزْلِ . ذكَره الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ . وقال القاضى : محَلُّ الرِّوايتَيْن فيما إذا كان المُوَكَّلُ فيه باقِيًا فى مِلْكِ المُوَكِّلِ ، أمَّا إنْ أخْرَجَه مِن مِلْكِه بعِتْقٍ أو بَيْعٍ ، انْفَسَخَتِ الوَكالَةُ بذلك . وجزَم به . وفرَّقَ القاضى بينَ مَوْتِ المُوَكِّلِ ، بأنَّ الوَكيلَ لا يَنْعَزِلُ على رِوايَةٍ ، وبينَ[1] إخْراجِ المُوَكَّلِ فيه مِنَ المُوَكِّلِ بعِتْقٍ أو بَيْعٍ ، بأنَّه يَنْعَزِلُ جَزْمًا ، بأنَّ المِلْكَ فى العِتْقِ والبَيْعِ قد زالَ ، وفى مَوْتِ المُوَكِّلِ ، السِّلْعَةُ باقِيَةٌ على حُكْمِ مِلْكِه . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : وفيه نَظَرٌ ، فإنَّ الانْتِقالَ بالمَوْتِ أقْوَى منه بالبَيْعِ والعِتْقِ ، فإنَّ هذا يُمْكِنُ المُوَكِّلَ الاحْتِرازُ منه ، فيَكُونُ بمَنْزِلَةِ عَزْلِه بالقَوْلِ ، وذاك زالَ بفِعْلِ اللهِ فيه .

فوائد ؛ منها ، يَنْبَنِى على الخِلافِ ، تَضْمِينُه وعدَمُه ؛ فإنْ قُلْنا : يَنْعَزِلُ . ضَمِنَ ، وإلَّا فلا . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : لا يَضْمَنُ مُطْلَقًا . قلتُ : وهو

---

(١) فى الأصل ، ط : «وهى » .

الشرح الكبير

فصل : وإذا وقعَتِ الوَكالَةُ مُطْلَقَةً ، مَلَكَ التَّصرُّفَ أبدًا ، ما لم يَفسَخِ الوَكالَةَ ، ويَحْصُلُ بقَوْلِه : فَسَخْتُ الوَكالَةَ . أو : أبْطَلْتُها . أو : نَقَضْتُها . أو : أزَلْتُك . أو : صَرَفْتُكَ . أو : عَزَلْتُكَ عنها . أو يَنْهاه عن فِعلِ ما أمَرَه به ، وما أشْبَهَ ذلك مِن الألفاظِ المُقْتَضِيةِ عَزْلَه ، والمُؤَدِّيةِ مَعْناه ، أو يَعْزِلُ الوَكِيلُ نَفْسَه ، أو يُوجَدُ ما يَقْتَضِى فَسْخَها حُكمًا ، على ما ذَكَرْنا ، أو يُوجَدُ ما يَدُلُّ على الرُّجُوعِ عن الوَكالَةِ . فإذا وَكَّلَه فى طَلاقِ امْرَأتِه ثم وَطِئَها ، انْفَسخَتِ الوَكالَةُ ؛ لأنَّ ذلك يَدُلُّ على رَغْبَتِه فيها واخْتِيارِ إمْساكِها ، وكذلك لو وَطِئَ الرَّجْعِيَّةَ كان ارْتِجاعًا لها ، فإذا اقْتَضَى رَجعَتَها بعدَ طَلاقِها ، فلأن يَقْتَضِىَ اسْتِبْقاءَها على نِكَاحِه[1] ومَنْعَ [2]طَلاقِه أوْلَى[2] . وإن باشَرَها دُونَ الفَرْجِ ، أو فَعَل ما يَحْرُمُ على غيرِ الزَّوْجِ ،

الإنصاف

الصَّوابُ ؛ لأنَّه لم يُفَرِّطْ . ومنها ، جعَل القاضى ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وجماعةٌ ، مَحَلَّ الخِلافِ فى نَفْسِ انْفِساخِ عَقْدِ الوَكالَةِ قبلَ العِلْمِ . وجعَل المَجْدُ ، والنَّاظِمُ ، وجماعةٌ ، مَحَلَّ الخِلافِ فى نُفوذِ التَّصرُّفِ ، لا فى نَفْسِ الانْفِساخِ . وهو مُقْتَضَى كلامِ الخِرَقِىِّ . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهذا أوْفَقُ للنُّصوصِ . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : والخِلافُ لَفظِىٌّ . [٢/ ١٥٠و] ومنها ، لا يَنْعَزِلُ مُودَعٌ قبلَ عِلْمِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، خِلافًا لأبى الخَطَّابِ ، فما بيَدِه أمانَةٌ . وقال : مِثْلُه المُضارِبُ . ومنها ، لو قال شَخْصٌ لآخَرَ : اشْتَرِ كذا بيْننا . فقال : نعَمْ . ثم قال لآخَرَ : نعم . فقد عزَل نَفْسَه مِن وَكالَةِ الأوَّلِ ، ويكونُ ذلك له وللثَّانِى . ومنها ، عُقودُ المُشارَكاتِ ؛ كالشَّرِكَةِ والمُضارَبَةِ . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّها تَنْفَسِخُ

(١) فى م : « نكاحها » .

(٢ - ٢) فى م : « طلاقها » .

المقنع

وَإِذَا وَكَّلَ اثْنَيْنِ ، لَمْ يَجُزْ لِأَحَدِهِمَا الِانْفِرَادُ بِالتَّصَرُّفِ ، إِلَّا أَنْ

الشرح الكبير

فهل تَنْفَسِخُ الوَكالَةُ فى الطَّلاقِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ، بناءً على الخِلافِ فى حُصُولِ الرَّجْعَةِ به . وإن وَكَّلَه فى بَيْعِ عَبْدٍ ثم كاتَبَه أو دَبَّرَه ، انْفَسَخَتِ الوَكالَةُ ؛ لأنَّه على إحْدَى الرِّوايَتَيْن ، لا يَبْقَى مَحَلًّا للبَيْعِ ، وعلى الرِّوايةِ الأُخْرَى ، تَصَرُّفُه فيه بذلك يَدُلُّ على أنَّه قَصَد الرُّجُوعَ عن بَيْعِه . وإن باعَه بَيْعًا فاسِدًا لم تَبْطُلِ الوَكالَةُ ؛ لأنَّ مِلْكَه فى العَبْدِ لم يَزُلْ . ذَكَرَه ابنُ المُنْذِرِ .

٢٠٠٠ – مسألة : (وإذا وَكَّلَ اثْنَيْن ، لم يكُنْ لأحَدِهما الانْفِرادُ

الإنصاف

قبلَ العِلْمِ ، كالوَكالَةِ . وقال ابنُ عَقِيلٍ : الأَلْيَقُ بمَذْهَبِنا فى المُضارَبَةِ ، والشَّرِكَةِ ، لا تَنْفَسِخُ بفَسْخِ المُضَارِبِ ، حتى يعْلَمَ رَبُّ المالِ والشَّرِيكُ ؛ لأنَّه ذَرِيعَةٌ إلى عامَّةِ الأَضْرارِ ، وهو تَعْطِيلُ المالِ عن الفَوائدِ والأَرْباحِ .

فائدة : لو عُزِلَ الوَكِيلُ ، كان ما فى يَدِه أمانَةً . وكذلك عُقودُ الأَماناتِ كلُّها ؛ كالوَدِيعَةِ ، والشَّرِكَةِ ، والمُضارَبَةِ ، والرَّهْنِ ، إذا انْتَهَتْ أو انْفَسَخَتْ ، والهِبَةِ إذا رجَع فيها الأبُ . وهو المذهبُ . صرَّح به القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ فى الرَّهْنِ . وصرَّح به القاضى ، وأبو الخَطَّابِ ، فى « خِلافَيهما »[1] ، فى بَقِيَّةِ العُقودِ ، وأنَّها تَبْقَى أمانَةً . وقيل : تَبْقَى مَضْمُونَةً إنْ لم يُبادِرْ بالدَّفْعِ إلى المالِكِ ، كمَن أطارَتِ الرِّيحُ إلى دارِه ثَوْبًا . وصرَّح به القاضى فى مَوْضِعٍ مِن « خِلافِه » ، فى الوَدِيعَةِ والوَكالَةِ . وكلامُ القاضى ، وابنِ عَقِيلٍ يُشْعِرُ بالفَرْقِ بينَ الوَدِيعَةِ والرَّهْنِ ، فلا يَضْمَنُ فى الرَّهْنِ ، ويَضْمَنُ فى الوَدِيعَةِ .

قوله : وإنْ وكَّل اثْنَيْن ، لم يَجُزْ لأحَدِهما أنْ ينفَرِدَ بالتَّصَرُّفِ ، إلَّا أنْ يَجْعَلَ

---

(١) فى الأصل ، ط : « خلافهما » .

المقنع يَجْعَلَ ذَلِكَ إِلَيْهِ .

الشرح الكبير بالتَّصَرُّفِ ، إِلَّا أن يَجْعَلَ ذلك إليه) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّه إذا وَكَّلَ وَكِيلَيْن وجَعَل لكلِّ واحِدٍ الانْفِرادَ بالتَّصَرُّفِ ، فله ذلك ؛ لأنَّه مأْذُونٌ فيه وإن لم يَجْعَلْ له ذلك ، فليس لأحَدِهما الانفِرادُ به ؛ لأنَّه لم يَأْذَنْ فى ذلك ، وإنَّما يَجُوزُ له فِعْلُ ما أذِنَ فيه مُوَكِّلُه . وبه قال الشافعيُّ ، وأصحابُ الرَّأْى ، فإن وَكَّلَهما فى حِفْظِ مالِه ، حَفِظاه معًا فى حِرْزٍ لهما ؛ لأنَّ قَوْلَه : افْعَلا كذا . يَقْتَضِى اجْتِماعَهما على فِعْلِه ، وهو مما يُمْكِنُ ، فَتَعَلَّقَ بهما ، وفارَقَ هذا قَوْلَه : بِعْتُكُما . حيثُ كان مُنْقَسِمًا بينَهما ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ أن يكونَ المِلْكُ لهما[1] على الاجْتِماعِ ، فانْقَسَمَ بينَهما . فإن غاب أحَدُ الوَكِيلَين ، لم يكنْ للآخَرِ أن يَتَصَرَّفَ ، ولا للحاكِمِ ضَمُّ أَمِينٍ إليه لِيَتَصَرَّفَا ؛ لأنَّ المُوَكِّلَ رَشِيدٌ جائزُ التَّصَرُّفِ ، لا ولايَةَ للحاكِمِ عليه ، فلا يُقِيمُ الحاكِمُ وَكِيلًا[1] له بغيرِ إذْنِه . وفارَقَ ما لو ماتَ أحَدُ الوَصِيَّيْن ، حيث يُضِيفُ الحاكِمُ إلى الوَصِىِّ أمِينًا لِيَتَصَرَّفَا ؛ لكونِ الحاكِمِ له النَّظَرُ فى حَقِّ المَيِّتِ واليَتِيمِ ، ولهذا لو لم يُوصِ إلى أحَدٍ ، [١٣٨/٤ و] أقامَ الحاكِمُ أمِينًا فى النَّظَرِ لليَتِيمِ . وإن حَضَر الحاكِمَ أحَدُ الوَكِيلَيْن ، والآخَرُ

الإنصاف ذلك إليه . وهو المذهبُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقيل : لايجوزُ لأحَدِهما الانْفِرادُ بالتَّصَرُّفِ إلَّا فى الخُصُومَةِ . قال فى « الفُروعِ » : وقيل : إنْ وَكَّلَهما فى خُصُومَةٍ ، انْفَرَدَ أحدُهما ؛ للعُرْفِ . قلتُ : وهو الصَّوابُ .

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

غائِبٌ ، فادَّعَى الوَكالَةَ لهما ، وأقام بَيِّنَةً ، سَمِعَها الحاكِمُ ، وحَكَم بثُبُوتِ الوَكالَةِ لهما، لم[1] يَمْلِكِ الحاضِرُ التَّصرُّفَ وَحْدَه، فإذا حَضَر الآخرُ تصرَّفا معًا ، ولا يَحْتاجُ إلى إعادَةِ البَيِّنَةِ ؛ لأنَّ الحاكِمَ سَمِعَها لهما مَرَّةً . فإن قِيلَ : هذا حُكْمٌ للغائِبِ . قُلْنا : يَجُوزُ تبَعًا لحَقِّ الحاضِرِ ، كما يَجُوزُ أن يَحْكُمَ بالوَقْفِ الذى يَثْبُتُ[2] لمَن لم يُخْلَقْ[3] لأجْلِ مَن يَسْتَحِقُّه فى الحالِ ، كذا هٰهُنا . وإن جَحَد الغائِبُ الوَكالَةَ ، أو عَزَل نَفْسَه ، لم يكنْ للآخرِ أن يَتَصَرَّفَ . وبما ذَكَرْناه قال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ . ولا نَعْلَمُ فيه مُخالِفًا . وجَمِيعُ التَّصَرُّفاتِ فى هذا سَواءٌ . وقال أبو حنيفةَ : إذا وَكَّلَهما فى خُصُومَةٍ ، فلكلِّ واحِدٍ منهما الانْفِرادُ بها . ولَنَا ، أنَّه لم يَرْضَ بتَصَرُّفِ أحدِهما ، أشْبَهَ البَيْعَ والشِّراءَ .

الإنصاف

فائدة : حُقوقُ العَقْدِ مُتعَلِّقَةٌ بالمُوَكِّلِ . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، وقطَع به كثيرٌ منهم ؛ لأنَّه لا يَعْتِقُ قَرِيبُ وَكيلٍ عليه ، ويَنْتَقِلُ المِلْكُ إلى المُوَكِّلِ ، ويُطالَبُ بالثَّمَنِ ، ويُرَدُّ بالعَيْبِ ، ويَضْمَنُ العُهْدَةَ ، وغيرُ ذلك . قال المُصَنِّفُ : وإنِ اشْتَرى وَكِيلٌ[4] فى شِراءٍ فى الذِّمَّةِ ، فكضامِنٍ . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، فى مَن وُكِّلَ فى بَيْعٍ ، أوِ اسْتِئْجارٍ : فإنْ لم يُسَمِّ مُوَكِّلَه فى العَقْدِ ، فضامِنٌ ، وإلَّا فرِوايَتان . وقال : ظاهِرُ المذهبِ يَضْمَنُه . قال : ومِثْلُه الوَكِيلُ فى الاقْتِراضِ .

---

(١) فى النسخ : « ولم » .

(٢) فى الأصل : « ثبت » .

(٣) فى م : « يحلق » .

(٤) فى الأصل ، ط : « وكل » .

المقنع وَلَا يَجُوزُ لِلْوَكِيلِ فِى الْبَيْعِ أَنْ يَبِيعَ لِنَفْسِهِ . وَعَنْهُ ، يَجُوزُ إِذَا زَادَ عَلَى مَبْلَغِ ثَمَنِهِ فِى النِّدَاءِ ، أَوْ وَكَّلَ مَنْ يَبِيعُ وَكَانَ هُوَ أَحَدَ الْمُشْتَرِينَ .

الشرح الكبير **٢٠٠١ – مسألة :** (ولا يَجُوزُ للوَكِيلِ فى البَيْعِ أن يَبِيعَ لنَفْسِه) (١)ولا فى الشِّراءِ أن يَشْتَرِىَ مِن نَفْسِه(١) (وعنه ، يجوزُ إذا زاد على مَبْلَغِ ثَمَنِه فى النِّدَاءِ ، أو وَكَّلَ مَن يَبِيعُ وكان هو أحَدَ المُشْتَرِين) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ مَن وُكِّلَ فى بَيْعِ شىءٍ ، لم يَجُزْ أن يَبِيعَه لنَفْسِه ، ولا للوَكِيلِ فى الشِّراءِ أن يَشْتَرِىَ مِن نَفْسِه ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ . نَقَلَها مُهَنّا . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ وأصحابِ الرَّأْىِ . وكذلك الوَصِىُّ ، لا يَجُوزُ أن يَشْتَرِىَ مِن مالِ اليَتِيمِ شيئًا لنَفْسِه ، فى إحْدَى الرِّوايَتَين . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ . وحُكِىَ عن مالِكٍ ، والأوْزاعِىِّ جَوازُ ذلك فيهما . والرِّوايَةُ الثانيةُ عن أحمدَ ، يجوزُ لهما أن يَشْتَرِيا بشَرْطَيْن ؛ أحَدُهما ، أن يَزِيدَ على مَبْلَغِ ثَمَنِه فى النِّداءِ . والثانِى ، أن يَتَوَلَّى النِّداءَ غيرُه . قال القاضى : يَحْتَمِلُ أن يكونَ

الإنصاف قوله : ولا يجوزُ للوَكيلِ فى البَيْعِ أنْ يَبِيعَ لنَفْسِه . هذا المذهبُ ، وعليه الجُمْهورُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وصحَّحه فى « المُذْهَبِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . واخْتارَه أبو الخَطَّابِ ، والشَّريفُ ، وابنُ عَقِيلٍ ، والخِرَقِىُّ ، وغيرُهم . وعنه ، يجوزُ ، كما لو أُذِنَ له . على الصَّحيحِ ،

(١ – ١) جاء هذا فى م بعد قوله : « وكان هو أحد المشترين » فى السطر التالى .

الشرح الكبير

اشْتِراطُ تَوَلِّى غيرِه للنِّداءِ واجِبًا ، ويَحْتَمِلُ أن يكونَ مُسْتَحَبًّا ، والأَوَّلُ أَشْبَهُ بظاهِرِ كلامِه . وقال أبو الخَطّابِ : الشَّرْطُ الثانِى ، أن يُوَلِّىَ مَن يَبِيعُ ويكونَ هو أَحَدَ المُشْتَرِين . فإن قِيلَ : فكيف يجوزُ له دَفْعُها إلى غيرِه لِيَبِيعَها ، وهذا تَوْكِيلٌ وليس للوَكِيلِ التَّوْكِيلُ ؟ قُلْنا : يَجُوزُ التَّوْكِيلُ فيما لا يَتَولَّى مِثْلَه بنَفْسِه ، والنِّداءُ ممّا لم تَجْرِ[1] العادَةُ أن يَتَوَلّاه أكْثَرُ النّاسِ بنُفُوسِهم . فإن وَكَّلَ إنْسانًا يَشْتَرِى له ، وباع ، جاز على هذه الرِّوايَةِ ؛ لأنَّه امْتَثَلَ أَمْرَ مُوَكِّلِه فى البَيْعِ ، وحَصَّلَ غَرَضَه مِن الثَّمَنِ ، فجاز ، كما لو اشْتَراها أجْنَبِىٌّ . وقال أبو حنيفةَ : يجوزُ للوَصِىِّ الشِّراءُ دُونَ الوَكِيلِ ؛

الإنصاف

إذا زادَ على مَبْلَغِ ثَمَنِه فى النِّداءِ . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » ، أو وَكَّلَ مَن يَبِيعُ ، حيثُ جازَ التَّوْكِيلُ ، وكان هو أحَدَ المُشْتَرِيَيْن . وكذا قال فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفائقِ » . وقال فى « المُحَرَّرِ » : وعنه ، له البَيْعُ مِن نَفْسِه إذا زادَ على ثَمَنِه فى النِّداءِ . وقال فى « الفُروعِ » : وعنه ، يصِحُّ أنْ يَبِيعَ مِن نَفْسِه إذا زادَ على ثَمَنِه فى النِّداءِ . وقيل : أو وَكَّلَ بائِعًا . وهو ظاهِرُ ما نقَلَه حَنْبَلٌ . وقيل : لهما . انتهى . وحكَى الزَّرْكَشِىُّ ، إذا زادَ على مَبْلَغِ ثَمَنِه فى النِّداءِ رِوايَةً ، وإذا وَكَّلَ فى البَيْعِ ، وكان هو أحدَ المُشْتَرِيَيْن رِوايَةً أُخْرَى . وقال فى « القاعِدَةِ السَّبْعِين » : وأمَّا رِوايَةُ الجَوازِ ، فاخْتُلِفَ فى حِكايَةِ شُرُوطِها على طُرُقٍ ؛ أحدُها ، اشْتِراطُ الزِّيادَةِ على الثَّمَنِ الذى تَنْتَهِى إليه الرَّغَباتُ فى النِّداءِ ، وفى اشْتِراطِ أنْ يتَوَلَّى النِّداءَ غيرُه وَجْهان . وهى طَرِيقَةُ القاضى

(١) بعده فى م : « به » .

الشرح الكبير

لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ ﴾[1] . وإذا اشْتَرَى مالَ اليَتيمِ بأكْثَرَ مِن ثَمَنِه ، فقد قَرِبَه بالتى هى أَحْسَنُ . ولأنَّه [٤/١٣٨ ظ] نائِبٌ عن الأبِ ، وذلك جائِزٌ للأبِ ، فكذلك نائِبُه . ووَجْهُ الرِّوايَةِ الأُولَى ، أنَّ العُرْفَ فى البَيْعِ بَيْعُ الرجلِ مِن غيرِه ، فحُمِلَتِ الوَكالَةُ عليه ، كما لو صَرَّحَ به ، ولأنَّه تَلْحَقُه التُّهْمَةُ ، ويَتَنافَى الغَرَضان فى بَيْعِه لنَفْسِه ، فلم يَجُزْ ، كما لو نَهاه . والوَصِىُّ كالوَكِيلِ ؛ لأنَّه يَلِى بَيْعَ مالِ غيرِه بتَوْلِيَتِه ، فَأَشْبَهَ الوكيلَ ، أو مُتَّهَمٌ ، فأَشْبَهَ الوَكِيلَ ، بل التُّهْمَةُ فى الوَصِىِّ آكَدُ ؛ لأنَّ الوَكِيلَ يُتَّهَمُ فى تَرْكِ الاسْتِقْصاءِ فى الثَّمَنِ لا غيرُ ، والوَصِىُّ يُتَّهَمُ فى ذلك ، وفى أنَّه يَشْتَرِى مِن مالِ اليَتيمِ ما لا حَظَّ لليَتيمِ فى بَيْعِه ،

الإنصاف

فى « المُجَرَّدِ » ، وابنِ عَقِيلٍ . والثَّانى ، أنَّ المُشْتَرَطَ التَّوْكِيلُ المُجَرَّدُ ، كما هى طَرِيقَةُ ابنِ أبى مُوسى ، والشِّيرازِىِّ . والثَّالثُ ، أنَّ المُشْتَرَطَ أحَدُ أمْرَيْن ؛ إمَّا أنْ يُوَكِّلَ مَن يَبِيعُه ، على قَوْلِنا : يجوزُ ذلك . وإمَّا الزِّيادَةُ على ثَمَنِه فى النِّداءِ . وهى طَرِيقَةُ القاضى فى « خِلافِه » ، وأبى الخَطَّابِ . وأطْلَقَ الرِّوايتَيْن فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الشَّرْحِ » . وذكَر الأَزَجِىُّ احْتِمالًا ، أنَّهما لا يُعْتَبَران ؛ لأنَّ دِينَه وأمانَتَه تَحْمِلُه على الحَقِّ ، ورُبَّما زادَ خَيْرًا . وعنه رِوايَةٌ رابعَةٌ ، يجوزُ أنْ يُشارِكَه [٢/ ١٥٠ظ] فيه ، لا أنْ يَشْتَرِيَه كلَّه . ذكَرَها الزَّرْكَشِىُّ وغيرُه . ونقَلَها أبو الحارِثِ .

تنبيه : محَلُّ الخِلافِ ، إذا لم يَأْذَنْ له ، فإنْ أَذِنَ له فى الشِّراءِ مِن نَفْسِه ، جازَ . ومُقْتَضَى تَعْليلِ الإمامِ أحمدَ فى الرِّوايَةِ التى تقولُ بالجَوازِ فيها ويُوَكِّلُ ، لا يجوزُ ؛

---

(١) سورة الأنعام ١٥٢ ، والإسراء ٣٤ .

الشرح الكبير

فكان أَوْلَى بالمَنْعِ ، وعندَ ذلك لا يكونُ أخْذُه لمالِه(١ قُرْبًا له١) بالتى هى أحْسَنُ . وقد رُوِىَ عن(٢) ابنِ مسعودٍ ، أنَّه قال فى رجلٍ أَوْصَى إلى رجلٍ بتَرِكَتِه ، وقد تَرَك قَرِيبًا ، فقال الوَصِىُّ : أشْتَرِيه . قال : لا .

فصل : وحُكْمُ الحاكِمِ وأمِينِه ، كحُكْمِ الوَكِيلِ ، والحُكْمُ فى بَيْعِ أحَدِ هؤلاءِ لوَكِيلِه ، أو وَلَدِه الصَّغيرِ ، أو طِفْلٍ يَلِى عليه ، أو لوَكِيلِه ، أو عَبْدِه المَأْذُونِ له ، كالحُكْمِ فى بَيْعِه لنَفْسِه ، كلُّ ذلك يُخَرَّجُ على رِوايَتَيْن ، بناءً على بَيْعِه لنَفْسِه . فأمّا بَيْعُه لوَلَدِه الكَبِيرِ ، أو والِدِه ، أو مُكاتَبِه ، فذَكَرَهم أصحابُنا أيضًا فى جُمْلَةِ ما يُخَرَّجُ على رِوايَتَيْن . ولأصحابِ الشافعىِّ فيهم وَجْهان . وقال أبو حنيفةَ : يَجُوزُ بَيْعُه لوَلَدِه الكَبِيرِ ؛ لأنَّه امْتَثَلَ أمْرَ مُوَكِّلِه ، ووافَقَ(٣) العُرْفَ فى بَيْعِ غيرِه ، كما لو باعَه لأخِيه ، وفارَقَ البَيْعَ لوَكِيلِه ؛ لأنَّ الشِّراءَ إنَّما يَقَعُ لنَفْسِه ، وكذلك بَيْعُ عَبْدِه المَأْذُونِ ، وبَيْعُ طِفْلٍ يَلِى عليه ، بَيْعٌ لنَفْسِه ؛ لأنَّ الشِّراءَ إنَّما(٤) يَقَعُ لنَفْسِه .

الإنصاف

لأنَّه يأْخُذُ بإحْدَى يدَيْه مِنَ الأُخْرَى .

فائدتان ؛ إحْداهما ، وكذا الحُكْمُ فى شِراءِ الوَكِيلِ مِن نَفْسِه للمُوَكِّلِ . وكذا الحاكِمُ وأمِينُه ، والوَصِىُّ ، وناظِرُ الوَقْفِ ، والمُضارِبُ ، كالوَكِيلِ . ولم يذْكُرِ ابنُ أبِى مُوسى فى الوَصِىِّ سِوَى المَنْعِ . وقال فى « القاعِدَةِ السَّبْعِين » : يتَوَجَّهُ

(١ - ١) فى م : « قربانا » .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى ر ، ق : « فارق » .

(٤) سقط من : م . وفى الأصل : « لما » .

الشرح الكبير

ووَجْهُ الجَمْعِ بينَهم ، أنَّه يُتَّهَمُ فى حَقِّهم ، ويَمِيلُ إلى تَرْكِ الاسْتِقْصاءِ عليهم فى الثَّمَنِ ، كتُهْمَتِه فى حَقِّ نَفْسِه ، (١ولذلك١) لا تُقْبَلُ شَهادَتُه لهم . والحُكْمُ فيما إذا أراد أن يَشْتَرِىَ لمُوَكِّلِه ، كالحُكْمِ (٢) فى بَيْعِه لمالِه ؛ لأنَّهما سَواءٌ فى المَعْنَى .

فصل : وإن وَكَّلَ رَجلًا يَتَزَوَّجُ له امرأةً ، فهل له أن يُزَوِّجَه ابْنَتَه ؟ يُخَرَّجُ على ما ذَكَرْنا فى الوَكِيلِ فى البَيْعِ ، هل يَبِيعُ لوَلَدِه الكَبِيرِ ؟ وقال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ : يَجُوزُ . ووَجْهُ القَوْلَيْنِ ما تَقَدَّمَ فيما قبلَها(٣) . وإن أَذِنَتْ له مُوَلِّيَتُه(٤) فى تَزْوِيجِها ، خُرِّجَ فى تَزْوِيجِها لنَفْسِه أو لوَلَدِه أو لوالِدِه وَجْهانِ ، بناءً على ما ذُكِرَ فى البَيْعِ . وكذلك إن وَكَّلَه رجلٌ فى تَزْوِيجِ ابْنَتِه ، خُرِّجَ فيه مِثْلُ ذلك .

الإنصاف

التَّفْرِيقُ بينَ الحاكمِ وغيرِه ؛ فإنَّ الحاكِمَ وِلايَتُه غيرُ مُسْتَنِدَةٍ إلى إذْنٍ ، فتَكونُ عامَّةً ، بخِلافِ غيرِه . الثَّانيةُ ، حيثُ صحَّحْنا ذلك ، صحَّ أنْ يتَوَلَّى طَرَفَىِ العَقْدِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وصحَّحه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وقيل : لا يصِحُّ .

فائدة : وكذا الحُكْمُ لو وُكِّلَ فى بَيْعِ عَبْدٍ أو غيرِه ، ووَكَّلَه آخَرُ فى شِرائِه مِن نَفْسِه ، فى قِياسِ المذهبِ . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وقالا : ومِثْلُه لو وَكَّلَه

(١ - ١) فى م : « وكذلك » .
(٢) فى م : « كالحاكم » .
(٣) فى م : « قبلهما » .
(٤) فى الأصل : « وليته » .

المقنع

وَهَلْ يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَهُ لِوَلَدِهِ ، أَوْ وَالِدِهِ ، أَوْ مُكَاتَبِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٠٠٢ – مسألة : (وهل يَجُوزُ أن يَبِيعَه لوَلَدِه ، أو والِدِه ، أو مُكاتَبِه ؟ على وَجْهَيْنِ) وقد ذَكَرْناه فى المسأَلَةِ قبلَها .

فصل : فإن وَكَّلَه فى بَيْعِ عَبْدِه ، ووَكّلَه آخَرُ فى شِراءِ عَبْدٍ ، فقِياسُ المَذْهَبِ جَوازُ شِرائِه مِن نَفْسِه ؛ لأنَّه أُذِن له فى طَرَفَى العَقْدِ ، فجاز له أن يَلِيَهما إذا انْتَفَتِ التُّهْمَةُ ، كالأبِ يَشْتَرِى مِن مالِ وَلَدِه لنَفْسِه . ولو وَكَّلَه المُتَدَاعِيان فى الدَّعْوَى عنهما [١٣٩/٤ و] فالقِياسُ جوازُه ؛ لأنَّه يُمْكِنُه الدَّعْوَى عن أحَدِهما والجَوابُ عن الآخَرِ ، وإقامَةُ حُجَّةِ كلٍّ واحِدٍ منهما ، ولأصحابِ الشافعىِّ فى المَسْأَلَتَيْن وَجْهان .

فصل : فإن أذِنَ للوَكِيلِ أن يَشْتَرِىَ مِن نَفْسِه ، جاز ذلك . وقال أصحابُ الشافعىِّ : لا يَجُوزُ فى أحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّه يَجْتَمِعُ له فى عَقْدِه غَرَضان ، الاسْتِرْخاصُ لنَفْسِه ، والاسْتِقْصاءُ للمُوَكِّلِ ، وهما مُتَضادَّان ، فتَمانعا . ولَنا ، أنَّه وَكَّلَه فى التَّصَرُّفِ لنَفْسِه ، فجاز ، كما وَكَّلَ المرأةَ فى

الإنصاف

المُتدَاعِيان فى الدَّعْوَى عنهما ؛ لأنَّه يُمْكِنُه الدَّعْوَى عن أحَدِهما ، والجَوابُ عن الآخَرِ ، وإقامَةُ حُجَّةٍ لكُلِّ واحدٍ منهما . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقال الأَزَجِىُّ : لا يصِحُّ فى الدَّعْوَى مِن واحدٍ للتَّضادِّ .

قوله : وهل يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَه لوَلَدِه ، أو والِدِه ، أو مُكاتَبِه ؟ على وَجْهَيْن . وهما احْتِمالان مُطْلَقان فى « الهِدايةِ » . وأطْلَقَ الوَجْهَيْن فى « الفُروعِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « شَرْحِ ابنِ

الشرح الكبير

طَلاقِ نَفْسِها ، ولأنَّ عِلَّةَ المَنْعِ مِن الشراءِ[1] لنَفْسِه فى مَحَلِّ الاتِّفاقِ التُّهْمَةُ ؛ لدَلالَتِها على عَدَمِ رِضا المُوَكِّلِ بهذا التَّصَرُّفِ ، وإخْراجِ هذا التَّصَرُّفِ عن عُمُومِ لَفْظِه وإرادَتِه ، وقد صَرَّحَ هٰهُنا بالإِذْنِ فيها ، فلا يَبْقَى[2] دَلالَةُ الحالِ مع نَصِّه بلَفْظِه على خِلافِها . وقَوْلُهم : إنَّه يَتَضادُّ مَقْصُودُه فى البَيْعِ والشِّراءِ . قُلْنا : إن عَيَّنَ المُوَكِّلُ له الثَّمَنَ فاشْتَرَى به[3] ، فقد زال مَقْصُودُ الاسْتِقْصاءِ ، فإنَّه لا يُرادُ أكْثَرُ ممَّا قد[4] حَصَّلَ ، وإن لم يُعَيِّنْ له الثَّمَنَ تَقَيَّدَ[5] البَيْعُ بثَمَنِ المِثْلِ ، كما لو باع لأَجْنَبِىٍّ[6] . وقد ذَكَر أصحابُنا فيما إذا وَكَّلَ عَبْدًا يَشْتَرِى له نَفْسَه مِن سَيِّدِه وَجْهًا ، أنَّه لا يَجُوزُ ، فيُخَرَّجُ هٰهُنا مِثْلُه . والصَّحِيحُ ما قلنا ، إن شاء اللهُ تعالى .

الإنصاف

مُنَجَّى » ؛ أحدُهما ، لايجوزُ . أى لا يصِحُّ ، كنَفْسِه . وهو المذهبُ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأَزَجِىِّ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الخُلاصَةِ » ، و « الكافِى » ، و « الرِّعايةِ الكُبْرى » ، وغيرِهم . قال المَجْدُ فى « شَرْحِه » : اخْتارَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . قال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، والشَّارِحُ : الوَجْهان هنا مَبْنِيَّان على الرِّوايتَيْن فى أصْلِ المَسْألَةِ . قلتُ : الصَّوابُ أنَّ الخِلافَ هنا مَبْنِىٌّ على القَوْلِ بعَدَمِ

---

(1) فى م : « المشترى »
(2) فى م : « ينفى » .
(3) سقط من : الأصل .
(4) سقط من : م .
(5) فى ق : « بعقد » . وفى م : « بعيد » .
(6) فى م : « الأجنبى » .

المقنع

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ نَسَاءً ، وَلَا بِغَيْرِ نَقْدِ الْبَلَدِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ ، كَالْمُضَارِبِ .

الشرح الكبير

٢٠٠٣ – مسألة : (ولا يَجُوزُ أن يَبِيعَ نَساءً ، ولا بغيرِ نَقْدِ البلدِ . ويَحْتَمِلُ أن يجوزَ ، كالمضاربِ) وجملةُ ذلك ، أنَّ المُوَكِّلَ إذا عيَّنَ للوكِيلَ الشراءَ أو البيعَ بنقدٍ مُعَيَّنٍ أو حالٍّ ، لم تَجُزْ مُخالَفَتُه ؛ لأنَّه إنَّما يَتَصَرَّفُ بإذْنِه ، و لم يَأْذَنْ فى غيرِ ذلك . وإن أذِن له فى الشِّراءِ أو البَيْعِ بنسِيئةٍ ، جاز . وإن أطْلَقَ ، لم يَبِعْ إلَّا حالًّا بنقْدِ البَلَدِ ؛ لأنَّ الأصْلَ فى البَيْعِ الحُلُولُ ، وإطْلاقُ النَّقْدِ يَنْصَرِفُ إلى نَقْدِ البَلَدِ ، كما لو باع مالَه . فإن كان فى البَلَدِ نَقْدان ، باع بأَغْلَبِهما ، فإن تَساوَيا ، باع بما شاء منهما . وبهذا

الإنصاف

الصِّحَّةِ هناك . وهو ظاهِرُ كلامِ أكثرِ الأصحابِ . والوَجْهُ الثَّانى ، يجوزُ . أى يصِحُّ ، وإنْ منَعْنا الصِّحَّةَ فى شِراءِ الوَكِيلِ مِن نَفْسِه لنَفْسِه .

تنبيه : محَلُّ الخِلافِ فى هذه المَسْأَلَةِ ، وفى التى قبلَها ، إذا لم يَأْذَنْ له المُوَكِّلُ فى ذلك ، فأمَّا إنْ أذِنَ له ، فإنَّه يجوزُ ، ويصِحُّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : لا يصِحُّ أيضًا . حَكاه المَجْدُ . قلتُ : وهو بعيدٌ فى غيرِ الوَكِيلِ .

تنبيه : مَفْهومُ كلامِه جَوازُ بَيْعِه لإخْوَتِه وسائرِ أقارِبِه . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وهو ظاهِرُ كلامِ الأصحابِ ، وصرَّح به جماعَةٌ . وذكَر الأَزَجِىُّ فيهم وَجْهَيْن . قلتُ : حيثُ حصَلَتْ تُهْمَةٌ فى ذلك ، لا يصِحُّ .

قوله : ولا يجوزُ – أى لا يصِحُّ – أنْ يَبِيعَ نَساءً ، ولا بغيرِ نَقْدِ البَلدِ . وكذا لا يجوزُ أنْ يَبِيعَ بغيرِ غالِبِ نَقْدِ البَلَدِ إنْ كان فيه نُقودٌ . ومُرادُه ، إذا أطْلَقَ الوَكالَةَ .

الشرح الكبير

قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ وصاحِباه : له البَيْعُ نَساءً ؛ لأَنَّه مُعْتادٌ ، فأَشْبَهَ الحالَّ . ويتخَرَّجُ لَنا مِثْلُ ذلك ، بِناءً على الرِّوايَةِ في المُضارِب . والأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لأَنَّه لو أَطْلَقَ البَيْعَ حُمِل على الحُلُولِ ، فكذلك إذا أَطْلَقَ الوَكالَةَ ، ولا نُسَلِّمُ تَساوِىَ العادَةِ فيهما ، فإنَّ بَيْعَ الحالِّ أَكْثَرُ . ويُفارِقُ المُضارَبَةَ[1] لوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهما ، أَنَّ المَقْصُودَ مِن المُضارَبَةِ الرِّبْحُ ، لا دَفْعُ الحاجَةِ بالثَّمَنِ في الحالِ ، وقد يكونُ المَقْصُودُ في الوَكالَةِ دَفْعَ حاجَةٍ

الإنصاف

وهذا المذهبُ في ذلك ، نصَّ عليه . وجزَم به في « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه في « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الفائقِ » ، و « الشَّرْحِ » ، وقال : هو أَوْلَى . ويَحْتَمِلُ أَنْ يجوزَ ، كالمُضارِبِ . وهو لأَبِى الخَطَّابِ في « الهِدايَةِ » ، وهو تخْريجٌ في « الفائقِ » ، وهو رِوايَةٌ في « المُحَرَّرِ » وغيرِه ، واخْتارَه أبو الخَطَّابِ . وذكَر ابنُ رَزِينٍ في « النِّهايَةِ » ، أنَّ الوَكِيلَ يَبِيعُ حالًّا بنَقْدِ بَلَدِه ، وبغيرِه ، لا نَساءً . وذكَر في « الانْتِصارِ » ، أنَّه يَلْزَمُه النَّقْدُ أو ما نقَص .

تنبيه : أفادَنا المُصَنِّفُ ، رَحِمَه اللهُ ، جَوازَ بَيْعِ المُضارِبِ نَساءً ؛ لكَوْنِه جعَلَه هنا أصْلًا للجوازِ . وهو صحيحٌ ، وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، على ما يَأْتِى إنْ شاءَ اللهُ تعالَى في بابِ الشَّرِكَةِ . لكِنْ أَطْلَقَ هناك الخِلافَ في شَرِكَةِ العِنانِ ، والمُضارَبَةُ مِثْلُها . فالحاصِلُ أنَّ الصَّحيحَ مِنَ المذهبِ في الوَكالَةِ ، عدَمُ الجَوازِ ، وفى المُضارَبَةِ ، الجَوازُ . وفرَّقَ المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ بينَهما بأَنَّ المَقْصودَ مِنَ المُضارَبَةِ الرِّبْحُ ، وهو في النَّساءِ أكثرُ ، ولا يتَعَيَّنُ في الوَكالَةِ ذلك ، بل رُبَّما كان

(1) في الأصل : « المضارب » .

المقنع

وَإِنْ بَاعَ بِدُونِ ثَمَنِ الْمِثْلِ [١٢١و] أَوْ بِأَنْقَصَ مِمَّا قَدَّرَهُ لَهُ ، صَحَّ ، وَضَمِنَ النَّقْصَ . وَيَحْتَمِلُ أَلَّا يَصِحَّ .

الشرح الكبير

ناجِزَةٍ[1] تَفُوتُ بتأْخِيرِ الثَّمَنِ . والثانِى ، أنَّ اسْتِيفاءَ الثَّمَنِ فى المُضارَبَةِ على المُضارِبِ ، فيَعُودُ ضَرَرُ التَّأْخِيرِ [٤/١٣٩ ظ] فى التَّقاضِى عليه ، وهٰهُنا بخِلافِهِ ، فلا يَرْضَى به المُوَكِّلُ ، ولأنَّ الضَّررَ فى تَوَى الثَّمَنِ[2] على المُضارِبِ ؛ لأنَّه يُحْسَبُ مِن الرِّبْحِ ؛ لكَوْنِ الرِّبْحِ وِقايَةً لرَأْسِ المالِ ، وهٰهُنا يَعُودُ على المُوَكِّلِ ، فانْقَطَعَ الإِلْحاقُ .

٢٠٠٤ – مسألة : (وإن باع بدُونِ ثَمَنِ المِثْلِ ، أو بأنْقَصَ ممّا قَدَّرَه له ، صَحَّ ، وضَمِنَ النَّقْصَ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ) وجُمْلَةُ ذلك ،

الإنصاف

المَقْصودُ تَحصيلَ الثَّمَنِ لدَفْعِ حاجَتِه ، ولأنَّ اسْتِيفاءَ الثَّمَنِ [٢/ ١٥١و] فى المُضارَبَةِ على المُضارِبِ ، فيَعُودُ ضَرَرُ التَّأْخيرِ فى التَّقاضِى عليه ، بخِلافِ الوَكالَةِ ، فيَعودُ ضَرَرُ الطَّلَبِ على المُوَكِّلِ .

فائدة : إذا أطْلَقَ الوَكالَةَ ، لم يصِحَّ أنْ يَبِيعَ بمَنْفَعَةٍ ، ولا بعَرْضٍ[3] أيضًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ . وفى العَرْضِ احْتِمالٌ بالصِّحَّةِ . وهو رِوايَةٌ فى « المُوجَزِ » . ويأْتِى فى كلامِ المُصَنِّفِ : إذا قال للوَكِيلِ : أَذِنْتَ لِى فى البَيْعِ نَساءً ، وفى الشِّراءِ بخَمْسَةٍ . وأنْكَرَ المُوَكِّلُ .

قوله : وإنْ باعَ بدُونِ ثَمَنِ المِثْلِ ، أو بأَنْقَصَ مِمَّا قدَّرَه ، صَحَّ ، وضَمِنَ النَّقْصَ . وهو المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . واخْتارَه الخِرَقِىُّ ،

---

(١) فى م : « بأجرة » .

(٢) توى الثمن : هلاكه .

(٣) فى الأصل ، ط : « بقرض » .

الشرح الكبير

أنَّ الوَكِيلَ ليس له أن يَبِيعَ بدُونِ ثَمَنِ المِثْلِ ، أو دُونِ ما قَدَّرَه له . وبهذا قال الشافعيُّ ، وأبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ : إذا أطْلَقَ الوَكالَةَ فى البَيْعِ ، فله البَيْعُ بأىِّ ثَمَنٍ كان ؛ لأنَّ لَفْظَه فى الإِذْنِ مُطْلَقٌ ، فيَجِبُ حَمْلُه على إطْلاقِه . ولَنا ، أنَّه وَكِيلٌ مُطْلَقٌ فى عَقْدِ مُعاوَضَةٍ ، فاقْتَضَى ثَمَنَ المِثْلِ ، كالشِّراءِ ، فإنَّه قد وافَقَ عليه ، وبه يَنْتَقِضُ دَلِيلُه . فإن باعَ بأقَلَّ

الإنصاف

والقاضى فى « الخِلافِ » وغيرُهما . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : هذا المذهبُ . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « ناظِمِ المُفْرَداتِ » ، وقال : قالَه الأكْثَرُ . وهو مِنَ المُفْرَداتِ .

قوله : ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَصِحَّ . وهو رِوايَةٌ مَنْصوصَةٌ عن أحمدَ . واخْتارَه المُصَنِّفُ . وصحَّحه القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ . وجزَم به فى « التَّلْخيصِ » ، وقال : إنَّه الذى تَقْتَضِيه أُصولُ المذهبِ . وقدَّمه الشَّارِحُ ، والمُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، وابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . وأطْلَقهما فى « الكافِى » . وقال فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهما : ويَتَخَرَّجُ أنَّه كتَصَرُّفِ الفُضُولِىِّ . قال فى « الفُروعِ » : قيلَ : إنَّه كفُضُولِىٍّ . نصَّ عليه ، فإنْ تَلِفَ وضَمِنَ الوَكِيلُ ، رجَع على مُشْتَرٍ لتَلَفِه عندَه . وقيل : يصِحُّ . نصَّ عليه . انتهى . ويأْتِى قريبًا فى كلامِ المُصَنِّفِ : لو وَكَّلَه فى الشِّراءِ ، فاشْتَرَى بأكْثَرَ مِن ثَمَنِ المِثْلِ .

الشرح الكبير

مِن ثَمنِ المِثْلِ مِمّا لا[1] يتَغابَنُ النّاسُ بمِثْلِه أو بدُونِ ما قَدَّرَه له ، فحُكْمُه حُكْمُ مَن لم يُؤْذَنْ[2] له فى البَيْعِ . وعن أحمدَ أنَّ[3] البَيْعَ صَحِيحٌ ، ويَضْمَنُ الوَكِيلُ النَّقْصَ ؛ لأنَّ مَن صَحَّ بيْعُه بثَمَنِ المِثْلِ ، صَحَّ بدُونِه ، كالمَرِيضِ . فعلى هذه الرِّوايَةِ ، يكونُ على الوَكِيلِ ضَمانُ النَّقْصِ ، وفى

الإنصاف

تنبيه : جمَع المُصَنِّفُ بينَ ما إذا وَكَّلَه فى البَيْعِ وأطْلَقَ ، وبينَ ما إذا قدَّرَه له ، فجعَل الحُكْمَ واحِدًا . وهو أصحُّ الطَّرِيقَتَيْن . وصرَّح به القاضى ، وغيرُه . ونصَّ عليه ، فى رِوايَةِ الأَثْرَمِ ، وأبى داودَ ، وابنِ مَنْصُورٍ . وقيل : يَبْطُلُ العَقْدُ مع مُخالَفَةِ التَّسْمِيَةِ ، ولا يَبْطُلُ مع الإطْلاقِ . وممَّن قال ذلك ؛ القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ فى « فُصولِه » . قالَه فى « الفائِدَةِ[4] العِشْرِين » .

تنبيه : مُرادُه بقَوْلِه : وإنْ باعَ بدُونِ ثَمَنِ المِثْلِ . ممَّا يتَغابَنُ النَّاسُ بمِثْلِه ، فأمَّا ما لا يتَغابَنُ النَّاسُ بمِثْلِه ؛ كالدِّرْهَمِ فى العَشَرَةِ ، فإنَّ ذلك مَعْفُوٌّ عنه إذا لم يَكُنِ المُوَكِّلُ قد قدَّرَ الثمَنَ .

قوله : وضَمِنَ النَّقْصَ . فى قَدْرِه وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الكافِى » ؛ أحدُهما ، هو ما بينَ ما باعَ به وثَمَنِ المِثْلِ . قال الشَّارِحُ : وهذا أقْيَسُ . واخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ . ذكَرَه عنه فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . والوَجْهُ الثَّانى ، هو ما بينَ ما يَتَغابَنُ به النَّاسُ وما لا يتَغابَنُون . فعلى المذهبِ ، فى أصْلِ

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى م : «يأذن » .

(٣) سقط من : م .

(٤) فى النسخ : « القاعدة » ، وانظر : القواعد ٤٥٦ .

الشرح الكبير

قَدْرِه وَجْهان ، أَحَدُهما ما بينَ ثَمنِ المِثْلِ[1] وما باعَه به . والثانى ، ما بينَ ما يَتَغابنُ النَّاسُ به[2] وما لا يَتغابنونَ ؛ لأَنَّ ما يتغابنُ الناسُ به يَصِحُّ بَيْعُه به ولا ضَمانَ عليه . والأوَّلُ أقْيَسُ ؛ لأنَّه بَيْعٌ غيرُ مَأْذُونٍ فيه ، أَشْبَهَ بَيْعَ الأجْنَبِىِّ . وكلُّ تَصرُّفٍ كان الوَكِيلُ فيه مُخالِفًا لمُوَكِّلِه ، فحُكْمُه فيه حُكْمُ تَصرُّفِ الأجْنَبِىِّ ، على ما ذُكِر[3] فى مَوْضِعِه . فأمّا ما يَتغابَنُ النّاسُ به عادَةً ، وهو دِرْهَمٌ فى عَشَرَةٍ ، فَمَعْفُوٌّ عنه إذا لم يكنِ المُوَكِّلُ قَدَّرَ الثَّمَنَ ؛ لأَنَّ ما يَتَغابَنُ النّاسُ به يُعَدُّ[4] ثَمَنَ المِثْلِ ، ولا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ منه .

فصل : ولو حَضَرَ مَن يَزِيدُ على ثَمَنِ المِثْلِ ، لم يَجُزْ أن يَبِيعَ بِثَمَنِ المِثْلِ ؛ لأَنَّ عليه الاحْتِياطَ وطَلَبَ الحَظِّ لمُوَكِّلِه . فإن باع بثَمَنِ

الإنصاف

المَسْأَلَةِ ، لا يَضْمَنُ عَبْدٌ لسَيِّدِه ، ولا صَبِىٌّ لنَفْسِه ، ويَصِحُّ البَيْعُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وفيه احْتِمالٌ ، أنَّه يَبْطُلُ . قال فى « الفُروعِ » : وهو أظْهَرُ . قلتُ : فعلى الأوَّلِ ، يُعايَى بها فى الصَّبِىِّ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » : لو وَكَّلَه فى بَيْعِ شيءٍ إلى أجَلٍ ، فزادَه أو نقَصَه ، ولا حَظَّ فيه ، لم يصِحَّ . قال فى « الفُروعِ » : وإنْ أمَر بشِراءِ كذا حالًّا ، أو يَبِيعُ بكذا نَساءً ، فخالَفَ فى حُلُولٍ وتأْجيلٍ ، صحَّ فى الأصحِّ .

---

(١) فى م : « المال » .
(٢) فى م : « بمثله » .
(٣) فى م : « ذكرنا » .
(٤) فى م : « بعد » .

المقنع

وَإِنْ بَاعَ بِأَكْثَرَ مِنْهُ ، صَحَّ ، سَوَاءٌ كَانَتِ الزِّيَادَةُ مِنْ جِنْسِ الثَّمَنِ الَّذِى أَمَرَهُ بِهِ ، أَوْ لَمْ تَكُنْ .

الشرح الكبير

المِثْلِ ، فحَضَرَ مَن يَزِيدُ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، لم يَلْزَمْه فَسْخُ العَقْدِ ؛ لأنَّ الزِّيادَةَ مَنْهِىٌّ عنها ، فلا يَلْزَمُ الرُّجُوعُ إليها ، ولأنَّ المُزايِدَ قد لا يَثْبُتُ على الزِّيادَةِ ، فلا يَلْزَمُه الفَسْخُ بالشَّكِّ . ويَحْتَمِلُ أن يَلْزَمَه ذلك ؛ لأنَّها زِيادَةٌ أمْكَنَ تَحْصِيلُها ، أشْبَهَ ما قبلَ البَيْعِ ، والنَّهْىُ يتَوَجَّهُ إلى الذى زاد لا إلى الوَكِيلِ ، فأشْبَهَ ما إذا زاد قبلَ البَيْعِ بعدَ الاتِّفاقِ عليه .

٢٠٠٥ – مسألة : (وإن باع بأكْثَرَ) مِن ثَمَنِ المِثْلِ (صَحَّ ، سَواءٌ كانتِ الزِّيادَةُ مِن جِنْسِ الثَّمَنِ الذى أمَرَ به ، أو لم تكنْ) إذا وَكَّلَه

الإنصاف

وقيل : إنْ لم يتَضَرَّرْ . انتهى . الثَّانيةُ ، لو حضَر مَن يَزِيدُ على ثَمَنِ المِثْلِ ، لم يَجُزْ أنْ يَبِيعَ بثَمَنِ المِثْلِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايةِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . قلتُ : فيُعايَى بها . وهى مَخْصوصَةٌ مِن مَفْهومِ كلامِ المُصَنِّفِ وكلامِ غيرِه ، مِمَّن أطْلَقَ . ولو باعَه بثَمَنِ مِثْلِه ، فزادَ عليه آخَرُ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، لم يَلْزَمْه الفَسْخُ . قال فى « الرِّعايةِ » : قلتُ : ويَحْتَمِلُ لُزُومُه إنْ صحَّ بَيْعُه على بَيْعِ أخِيه . انتهى . قال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » : ويَحْتَمِلُ أنْ يَلْزَمَه ذلك . وقال فى « الفُروعِ » : وفيه وَجْهٌ ، يَلْزَمُه .

قوله : وإنْ باعَ بأكْثَرَ منه ، صَحَّ ، سَواءٌ كانَتِ الزِّيادَةُ مِن جِنْسِ الثَّمَنِ الذى أمَرَه به أو لم تكُنْ . وهذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . قال فى « التَّلْخيصِ » : فأظْهَرُ الاحْتِمالَيْن الصِّحَّةُ . قال القاضى : وهو المذهبُ . وقيل : إنْ كانتِ الزِّيادَةُ مِن جِنْسِ الثَّمَنِ ، صحَّ ، وإلَّا فلا . قال فى

المقنع وَإِنْ قَالَ : بِعْهُ بِدِرْهَمٍ . فَبَاعَهُ بِدِينَارٍ ، صَحَّ ، فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير فى بَيْعِ شىءٍ بثَمَنٍ[1] ، مُعَيَّنٍ ، فباعَه بأكْثَرَ منه ، صَحَّ ، قَلَّتِ الزِّيادَةُ أو كَثُرَتْ . وكذلك إن أطْلَقَ ، فباعَه بأكْثَرَ مِن ثَمَنِ [١٤٠/٤ و] المِثْلِ ؛ لأنَّه باع بالمأذُونِ فيه وزاد زِيادَةً تَنْفَعُه ولا تَضُرُّه ، وسَواءٌ كانتِ الزِّيادَةُ مِن جِنْسِ الثَّمَنِ المَأْمُورِ به أو مِن غيرِ جِنْسِه ، كمَن أذِنَ فى البَيْعِ بمائةِ دِرْهَمٍ ، فباعَه بمائةِ درْهَمٍ ودِينارٍ أو ثَوْبٍ . وقال أصحابُ الشافعىِّ : لا يَصِحُّ بَيْعُه بمائةٍ وثَوْبٍ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنه مِن غيرِ جِنْسِ الأثْمانِ . ولنا ، أنَّها زِيادَةٌ تَنْفَعُه ولا تَضُرُّه ، أشْبَهَ ما لو باعَه بمائةٍ ودِينارٍ ، ولأنَّ الإِذْنَ فى بَيْعِه بمائةٍ إذْنٌ فى بَيْعِه بزيادَةٍ عليها عُرْفًا ؛ لأنَّ مَن رَضِىَ بمائةٍ لا يَكْرَهُ أن يُزادَ عليها ما يَنْفَعُه ولا يَضُرُّه ، ويَصِيرُ كما لو وَكَّلَهُ فى الشِّراءِ فاشْتَرَى بدُونِ ثَمَنِ المِثْلِ أو بدُونِ ما قَدَّرَ له .

٢٠٠٦ – مسألة : (وإن قال : بِعْه بدِرْهَمٍ . فباعَه بدِينارٍ ، صَحَّ ، فى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ) لأنَّه مَأْذُونٌ فيه عُرْفًا ، فإنَّ مَن رَضِىَ بدِرْهَمٍ رَضِىَ مَكانَه دِينارًا ، فجَرَى مَجْرَى بَيْعِه بمائةِ دِرْهَمٍ ودِينارٍ ، على ما ذَكَرْنا فى

الإنصاف « التَّلْخيصِ » : قال القاضى : ويَحْتَمِلُ أنْ يَبْطُلَ فى الزِّيادَةِ مِن غيرِ الجِنْسِ بحِصَّتِه مِنَ الثَّمَنِ .

قوله : وإنْ قال : بِعْه بدِرْهَمٍ . فباعَه بدِينارٍ ، صَحَّ فى أحَدِ الوَجْهَيْن . وهو المذهبُ . صحَّحه فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « التَّصْحيحِ » ، و « القواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » . وجزَم بـه فى [٢/ ١٥١ظ]

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

المسألَةِ قبلَها . وقال القاضى : لا يَصِحُّ . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه خالَفَ مُوَكِّلَه فى الجِنْسِ ، أشْبَهَ ما لو باعَه بثَوْبٍ يُساوِى دينارًا . فأمّا إن قال : بِعْه بمائةِ دِرْهَمٍ . فباعَه بمائةِ ثَوْبٍ قِيمَتُها أكْثَرُ مِن الدَّرَاهِمِ ، أو بثَمانِين دِرْهَمًا وعِشْرِين ثَوْبًا ، لم يَصِحَّ . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّها مِن غيرِ[1] الأثمانِ ، ولأنَّه لم يُؤْذَنْ فيه لَفْظًا ولا عُرْفًا بخِلافِ بَيْعِه بدِينارٍ .

فصل : فإن وَكَّلَه فى بَيْعِ عَبْدٍ بمائةٍ فباع بعضَه بها ، أو وَكَّلَه مُطْلَقًا فباع بعضَه بثَمَنِ الكلِّ ، جاز ؛ لأنَّه مَأْذُونٌ فيه عُرْفًا ، فإنَّ مَن رَضِىَ بمائةٍ ثَمَنًا للكلِّ ، رَضِىَ بها ثَمَنًا للبَعْضِ ، ولأنَّه حَصَّلَ له المائةَ وأبْقَى له زِيادَةً تَنْفَعُه ولا تَضُرُّه . وله بَيْعُ النِّصْفِ الآخَرِ ؛ لأنَّه مأْذُونٌ فيه ، فأشْبَهَ ما لو باع العَبْدَ كُلَّه بزيادةٍ على ثَمَنِه ، ويَحْتَمِلُ أن لا يَجُوزَ ؛ لأنَّه قد حَصَّلَ للمُوَكِّلِ غَرَضَه مِن الثَّمَنِ ببَيْعِ البعضِ ، فرُبَّما لا يَخْتارُ بَيْعَ باقِيه للغِنَى عن بَيعِه بما حَصَلَ له مِن ثَمَنِ البَعضِ . وهكذا لو وَكَّلَه فى بَيْعِ عَبْدَيْنِ بمائةٍ فباع أحَدَهما بها ، صحَّ ؛ لِما ذكَرْنا . وهل له بَيْعُ الآخَرِ ؟ على

الإنصاف

« الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يصِحُّ . اخْتارَه القاضى . وهو ظاهِرُ ما قدَّمه فى « المُغْنِى » ، وظاهِرُ ما قطَع به ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وأطْلَقهما فى « الهِدايةِ » ، و « المُسْتَوعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الكافِى » .

---

(١) سقط من : م .

المقنع

وَإنْ قَالَ : بِعْهُ بِأَلْفٍ نَسَاءً . فَبَاعَهُ بِأَلْفٍ حَالَّةً ، صَحَّ ، إنْ كَانَ لَا يَسْتَضِرُّ بِحِفْظِ الثَّمَنِ فِي الْحَالِّ .

الشرح الكبير

وَجْهَيْن . فأمّا إن وَكَّلَه فى بَيْعِ عَبْدِهِ بمائةٍ فباع بعضَه بأقلّ منها ، أو وَكَّلَه مُطْلَقًا فباع بعضَه بدُونِ ثَمَنِ الكلِّ ، لم يَصِحَّ . وبه قال الشافعىُّ ، وأبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ : يَجُوزُ فيما إذا أطْلَقَ الوَكَالَةَ . بناءً على أصْلِه فى أنَّ للوَكِيلِ المُطْلَقِ البَيْعَ بما شاء . ولَنا ، أنَّ على المُوَكِّلِ ضَرَرًا فى تَبْعِيضِه ، ولم يُوجَدِ الإذْنُ فيه نُطْقًا ولا عُرْفًا ، فلم يَجُزْ ، كما لو وَكَّلَه فى شِراءِ عَبْدٍ فاشْتَرَى بعضَه [٤/١٤٠ ظ] .

٢٠٠٧ – مسألة : (وإن قال : بِعْه بألْفٍ نَساءً . فباعَه بألْفٍ حالَّةٍ ، صَحَّ ، إن كان لا يَسْتَضِرُّ بحِفْظِ الثَّمَنِ فى الحالِّ) إذا وَكَّلَه فى بَيْعِ سِلْعَةٍ نَسِيئَةً ، فباعَها نَقْدًا بدُونِ ثَمَنِها نَسِيئَةً ، أو بدُونِ ما عَيَّنَه له ، لم يَنْفُذْ بَيْعُه ؛ لأنَّه خالَفَ مُوَكِّلَه ، لكَوْنِه إنَّما رَضِىَ بثَمَنِ النَّسِيئَةِ دُونَ

الإنصاف

فائدة : لو قال : اشْتَرِه بِمائَةٍ ، ولا تَشْتَرِه بخَمْسِين . صحَّ شِراؤُه بما بينَهما . وكذا بدُونِ الخَمْسِين . على الصَّحيحِ . قدَّمه ابنُ رَزِينٍ . وهو الصَّوابُ . وقيل : لا يصِحُّ بدُونِ الخَمْسِين . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » .

قوله : وإنْ قال : بِعْه بألْفٍ نَساءً ، فباعَه بألْفٍ حالَّةً ، صَحَّ إنْ كان لا يَسْتَضِرُّ بحِفْظِ الثَّمَنِ فى الحالِّ . وهو أحَدُ الوَجْهَيْن . صحَّحه فى « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، يصِحُّ مُطْلَقًا ما لم يَنْهَه .

الشرح الكبير

النَّقْدِ . وإن باعَها نَقْدًا بِمِثْلِ ثَمَنِها نَسِيئَةً ، أو بما عَيَّنَه مِن الثَّمَنِ ، فقال القاضى : يَصِحُّ ؛ لأنَّه زاده خَيْرًا ، فهو كما لو وَكَّلَه فى بَيْعِها بعَشَرَةٍ فباعَها بأكْثَرَ منها[1] . والأَوْلَى أن يُنْظَرَ[2] فيه، فإن لم يكنْ لهُ[2] غَرَضٌ فى النَّسِيئَةِ، صَحَّ ؛ لِما ذَكَرْنا ، وإن كان له فيها غَرَضٌ ، مثلَ أن يَسْتَضِرَّ بحِفْظِ الثَّمَنِ فى الحالِّ ، أو يُخافَ عليه مِن التَّلَفِ أو المُتَغَلِّبين ، أو يَتَغَيرَ[3] حالُه إلى وَقْتِ الحُلُولِ ، أو نحو ذلك ، فهو كمن لم يُؤْذَنْ له ؛ لأنَّ حُكْمَ الإِذْنِ لا يَتناوَلُ المَسْكُوتَ عنه ، إلَّا إذا عُلِمَ أنَّه فى المَصْلَحَةِ ، كالمَنْطُوقِ أو أكْثَرَ ، فيكونُ الحُكْمُ فيه ثابتًا بطَرِيقِ التَّنْبيهِ أو المُماثَلَةِ ، ومتى كان فى المَنْطُوقِ به غَرَضٌ صَحِيحٌ ، لم يَجُزْ تَفْوِيتُه ، ولا ثُبُوتُ الحُكْمِ فى غيرِه (4وقد ذَكَر نحْوَ هذا فى مَوْضِعٍ آخَرَ4) .

الإنصاف

وهو المذهبُ . اخْتارَه القاضى . قال فى « الفُروعِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » : صحَّ فى أصحِّ الوَجْهَيْن . قال ابنُ رَزِينٍ فى « نِهايَتِه » : صحَّ فى الأظْهَرِ . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » . وقيل : لا يصِحُّ مُطْلَقًا . وأطْلَقهُنَّ فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، ويأْتِى عَكْسُ هذه المَسْأَلَةِ فى كلامِ المُصَنِّفِ قريبًا .

---

(١) فى م : « من ثمنها » .

(٢) زيادة من : م .

(٣) بعده فى م : « عن » .

(٤ - ٤) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي الشِّرَاءِ ، فَاشْتَرَى بِأَكْثَرَ مِنْ ثَمَنِ الْمِثْلِ ، أَوْ بِأَكْثَرَ مِمَّا قَدَّرَهُ لَهُ ، أَوْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ شَيْءٍ ، فَبَاعَ نِصْفَهُ بِدُونِ ثَمَنِ الْكُلِّ ، لَمْ يَصِحَّ .

الشرح الكبير

٢٠٠٨ - مسألة : (وإن وَكَّله فى الشِّراءِ ، فاشْتَرَى بأكْثَرَ مِن ثَمَنِ المِثْلِ ، أو بأكْثَرَ ممّا قَدَّرَه له أو وَكَّله فى بَيْعِ شيءٍ ، فباع نِصْفَه بدُونِ ثَمَنِ الكلِّ ، لم يَصِحَّ) أمّا إذا وَكَّله فى الشِّراءِ ، فاشْتَرَى بأكْثَرَ مِن ثَمَنِ المِثْلِ مِمّا لا يَتغابَنُ النّاسُ بمِثْلِه ،[1] أو أكْثَرَ ممّا قَدَّرَه له ، فحُكْمُه حُكْمُ مَن لم يُؤْذَنْ له فى الشِّراءِ ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ غيرُ مَأْذُونٍ فيه ، فهو كتَصَرُّفِ الأجْنَبِيِّ . وأمّا إذا وَكَّله فى بَيْعِ شيءٍ بثَمَنٍ مُعَيَّنٍ ، فباع بعضَه بدُونِ ثَمنِ الكلِّ ، لم يَصحَّ ؛ لأنَّه بيعٌ غيرُ مَأْذُونٍ فيه ، وكذلك إن وَكَّله مُطْلَقًا ، فباع بعضَه بدُونِ ثَمَنِ الكلِّ ، لم يَصِحَّ . وبه قال الشافعيُّ ، وأبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ . وعندَ أبى حنيفةَ يَجُوزُ ؛ بناءً على أصْلِه فى أنَّ للوَكِيلِ المُطْلَقِ البَيْعَ بما شاء ، وقد ذَكَرْناه . وفى التَّبْعِيضِ إضْرارٌ بالمُوَكِّلِ وتَشْقِيصٌ لمِلْكِه . فإن باع بعضَه بثمنِ الكلِّ ، فيما إذا عيَّنَ له الثَّمَنَ ، أو وَكَّله مُطْلَقًا فباع بعضَه بثَمَنِ المِثْلِ لجميعِه ، صَحَّ ؛ لأنَّه مَأْذُونٌ فيه عُرْفًا ،

الإنصاف

قوله : وإنْ وَكَّلَه فى الشِّراءِ ، فاشْتَرَى بأكْثَرَ مِن ثمنِ المِثْلِ ، أو بأكْثَرَ مِمَّا قَدَّرَه له ، لم يَصِحَّ . وهو أَحَدُ الوَجْهَيْن . اخْتارَه القاضى فى « الجامعِ » . وجزَم به فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، والشَّارِحُ ، وقال : هو كتَصَرُّفِ الأجْنَبِىِّ . واخْتارَه المُصَنِّفُ . قالَه ناظِمُ « المُفْرَداتِ » .

---

(١) من هنا إلى آخر المسألة سقط من : م .

الشرح الكبير

فإنَّ مَن رَضِىَ مائةً ثَمَنًا للكلِّ ، رَضِىَ بها ثَمَنًا للنِّصْفِ ، ولأنه حَصَّلَ له المائةَ وأبْقَى له زِيادَةً تَنْفَعُه ولا تَضُرُّه . وله بَيْعُ الباقى منه ؛ لأنه مأْذُونٌ فى بيعِه ، فأشْبَه ما لو باع العَبْدَ كلَّه بمِثْلَىْ ثَمَنِه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَجُوزَ ؛ لأنَّه قد حَصَّلَ للمُوَكِّلِ غَرَضَهُ مِن الثَّمَنِ ببَيْعِ النِّصْفِ ، فرُبَّما لا يُؤَثِّرُ بَيْعَ باقِيه ، للغِنَى عن بَيْعِه بما حَصَّلَ له مِن ثَمَنِ النِّصْفِ . وكذا لو وَكَّلَه فى بَيْعِ عَبْدَيْن بمائةٍ ، فباع أحَدَهما بها ، صَحَّ . وهل له بَيْعُ الآخرِ ؟ على وَجْهَيْن .

الإنصاف

والوَجْهُ الثَّانِى ، يصِحُّ . وهو المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . وصحَّحه النَّاظِمُ . قال ناظِمُ « المُفْرَداتِ » : هو المَنْصوصُ ، وعليه الأكثرُ . انتهى . وذلك ؛ لأنَّ حُكْمَه حكمُ ما لو باعَ بدُونِ ثَمَنِ المِثْلِ ، أو بأنْقَصَ ممَّا قدَّرَه له . ذكَرَه الأصحابُ . وتقدَّم هناك ، أنَّ المذهبَ صِحَّةُ البَيْعِ ، فكذا هنا ؛ لأنَّ المَنْصوصَ فى المَوْضِعَيْن الصِّحَّةُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . لكِنَّ المُصَنِّفَ قدَّم هناك الصِّحَّةَ ، وقدَّم هنا عدَمَها ؛ فلذلك قال ابنُ مُنَجَّى : الفَرْقُ بينَ المَسْأَلَتَيْن على ماذكَرَه المُصَنِّفُ عَسِرٌ . انتهى . والذى يَظْهَرُ ، أنَّ المُصَنِّفَ هناك إنَّما قدَّم تبَعًا للأصحابِ ، وإنْ كان اخْتِيارُه مُخالِفًا له ، وهذا يقَعُ له كثيرًا . وقدَّم هنا نَظَرًا إلى ما اخْتارَه ، لا إلى الفَرْقِ بينَ المَسْأَلَتَيْن ، فإنَّ اخْتِيارَه فى المَسْأَلَتَيْن واحِدٌ ، والحُكْمُ عندَه فيهما واحِدٌ . وأطْلَقَ الوَجْهَيْن فى المَسْأَلَتَيْن فى « الفُروعِ » . وظهَر ممَّا تقدَّم ، أنَّ للأصحابِ فى المَسْأَلَتَيْن طَرِيقَتَيْن ؛ التَّساوِى ، وهو الصَّحيحُ . والصِّحَّةُ هناك ، وعدَمُها هنا . وهى طَرِيقَتُه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « ابن رَزِينٍ » ، وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا . وذكَر الزَّرْكَشِىُّ فيهما ثَلاثَةَ أقْوالٍ ؛ ثالِثُها الفَرْقُ ، وهو ما قاله المُصَنِّفُ فى هذا الكِتابِ .

الشرح الكبير

فصل : وإن وَكَّلَه فى بَيْعِ عَبِيدٍ أو شِرائِهم ، مَلَكَ العَقْدَ عليهم جملةً واحدةً ، وواحدًا [١٤١/٤ و] واحدًا ؛ لأنَّ الإِذْنَ يتناولُ العَقْدَ عليهم جملةً ، والعرفُ فى بيعِهم وشرائِهم العَقْدُ على واحِدٍ واحِدٍ ، ولا ضَرَرَ فى جَمْعِهم ولا إفْرادِهم ، بخِلافِ ما لو وَكَّلَه فى شِراءِ عَبْدٍ فاشْتَرَى بعضَه ، فإنَّه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه يُفْضِى إلى التَّشْقِيصِ ، وفيه إضْرارٌ بالمُوَكِّلِ . فإن قال : اشْتَرِ لى عَبِيدًا صَفْقَةً واحِدَةً . أو : واحِدًا واحدًا . أو : بِعْهم[1] . لم يَجُزْ مخالَفَتُه ؛ لأنَّ تَنْصِيصَه على ذلك يَدُلُّ على غَرَضِه فيه ، فلم يَتَناوَلْ إذْنُه سِواه . وإن قال : اشْتَرِ لى عَبْدَيْن صَفْقةً . فاشْتَرَى عَبْدَيْن لِاثْنَيْنِ شَرِكَةً بينَهما مِن وَكِيلِهما[2] ، أو مِن أحَدِهما بإذْنِ الآخَرِ ، جاز . وإن كان لكلِّ واحِدٍ منهما[3] عَبْدٌ مُفْرَدٌ ، فاشْتَرَى من المالِكَيْن بأن أوْجبا له

الإنصاف

قوله : أو وَكَّلَه فى بَيْعِ شىءٍ ، فباعَ نِصْفَه بدُونِ ثَمَنِ الكُلِّ ، لم يَصِحَّ . إذا وَكَّلَه فى بَيْعِ شىءٍ ، فباعَ بعضَه ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أنْ يَبِيعَ البعضَ بثَمَنِ الكُلِّ ، أوْ لا ، فإنْ باعَه بثَمَنِه كلِّه ، صحَّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : لا يصِحُّ . قدَّمه فى « الفائقِ » . وهو ظاهِرُ ما قطَع به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم . وظاهِرُ ما قدَّمه فى

---

(١) بعده فى م : « لى » .

(٢) فى ر١ ، م : « وكيليهما » .

(٣) سقط من : م .

الشرح الكبير

البَيْعَ فيهما وقَبِل ذلك منهما بلَفْظٍ واحدٍ ، فقال القاضى : لا يَلْزَمُ المُوَكِّلَ . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لأن عَقْدَ الواحِدِ مع الاثْنَيْن عَقْدانِ . ويَحْتَمِلُ أن يَلْزَمَه ؛ لأنَّ القَبُولَ هو الشِّراءُ ، وهو مُتَّحِدٌ والغَرَضُ لا يَخْتَلِفُ . وإنِ اشْتَراهما مِن وَكِيلِهِمَا[1] ، وعَيَّنَ ثَمَنَ كلِّ واحِدٍ منهما ، مثلَ أن يقولَ : بِعْتُك هَذَيْن العَبْدَيْن ، هذا بمائةٍ وهذا بثَمانِين . فقال : قَبِلْتُ . احْتَمَلَ أيضًا وَجْهَيْن . وإن لم يُعَيِّنِ الثَّمَنَ لكلِّ واحِدٍ ، لم يَصِحَّ البَيْعُ ؛ لجَهالَةِ الثَّمَنِ . وفيه وَجْهٌ ، أنَّه يَصِحُّ ، ويُقَسَّطُ[2] الثَّمَنُ على قَدْرِ قِيمَتِهما . وقد ذُكِر ذلك فى تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . واللهُ أعلمُ .

الإنصاف

« الرِّعايتَيْن » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهم . قلتُ : وهذا القَوْلُ ضَعِيفٌ . فعلى المذهبِ ، يجوزُ له بَيْعُ الباقِى . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم . وصحَّحه فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يجوزَ . وإنْ باعَ البعضَ بدُونِ ثَمَنِ الكُلِّ ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أنْ يَبِيعَ الباقِىَ ، أوْ لا ؛ فإنْ باعَ الباقِىَ ، صحَّ البَيْعُ ، وإلَّا لم يصِحَّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ فيهما . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وجزَم به فى « المُسْتَوْعِبِ » ، وقال : نصَّ عليه . قال فى « التَّلْخيصِ » : والذى نقَله الأصحابُ فى ذلك ، أنَّه لا يصِحُّ إذا لم يَبِعِ الباقِىَ ؛ دَفْعًا لضَرَرِ المُشارَكَةِ بما بَقِىَ . وقوْلُهم : إذا لم يَبِعِ الباقِىَ . يدُلُّ على أنَّه إذا باعَه ينْقَلِبُ صَحيحًا . وفيه عندِى نَظَرٌ . انتهى . وقيل : لا يصِحُّ مُطْلَقًا . وهو ظاهِرُ ما قطَع به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » .

---

(١) فى م : « وكيليهما » .

(٢) فى الأصل : « يسقط » .

المقنع وَإِنِ اشْتَرَاهُ بِمَا قَدَّرَهُ لَهُ مُؤَجَّلًا ، أَوْ قَالَ : اشْتَرِ لِى شَاةً بدِينَارٍ .

الشرح الكبير **٢٠٠٩** – مسألة : وإن وَكَّلَه فى شِراءِ شيءٍ نَقْدًا بثَمَنٍ مُعَيَّنٍ ، فاشْتَراه به مُؤَجَّلًا ، صَحَّ . ذكَرَه القاضى ؛ لأنَّه زاده خَيْرًا ، فأشْبَهَ ما لو وَكَّلَه فى الشِّراءِ بمائةٍ ، فاشْتَرَى بدُونِها . ويَحْتَمِلُ أن يُنْظَرَ فى ذلك ، فإن كان فيه ضَرَرٌ نحوَ[1] أن يَسْتَضِرَّ ببَقاءِ الثَّمنِ معه ونحوَ ذلك ، لم يَجُزْ . ولأصْحابِ الشافعىِّ فى صِحَّةِ الشِّراءِ وَجْهان .

٢٠١٠ – مسألة : وإن (قال : اشْتَرِ لى شاةً بدِينارٍ . فاشْتَرَى)

الإنصاف **تنبيه** : يُسْتَثْنَى مِن محَلِّ الخِلافِ فيما تقدَّم ، ومِن عُمومِ كلامِ المُصَنِّفِ ، لو وَكَّلَه فى بَيْعِ عَبِيدٍ ، أو صُبْرَةٍ ، ونحوِهما ، فإنَّه يجوزُ له بَيْعُ كلِّ عَبْدٍ مُنْفرِدًا ، وبَيْعُ الجميعِ صَفْقَةً واحِدَةً ،[٢/١٥٢و] وبَيْعُ بعضِ الصُّبْرَةِ مُنْفَرِدَةً ، وبَيْعُها كلِّها جُمْلَةً واحدةً . قالَه الأصحابُ ، إنْ لم يَأْمُرْه ببَيْعِها صَفْقَةً واحدةً .

تنبيه : قَوْلِى عن كلامِ المُصَنِّفِ : بدُونِ ثَمَنِ الكُلِّ . هو فى بعضِ النُّسَخِ ، وعليها شرَحَ الشَّارِحُ . وفى بعضِها ، بإسْقاطِها ، تَبَعًا لأبِى الخَطَّابِ ، وعليها شرَحَ ابنُ مُنَجَّى ، لكِنْ قيَّدها بذلك مِن كلامِه فى « المُغْنِى » .

قوله : وإنِ اشْتَراه بما قَدَّرَه له مُؤَجَّلًا ، صحَّ . وهو المذهبُ مُطْلَقًا . قال فى « الفُروعِ » : صحَّ فى الأصحِّ . وجزَم به فى « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِيَيْن » . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » . وقيل : لا يصِحُّ إنْ حصَل ضَرَرٌ ، وإلَّا صحَّ . وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » .

---

(١) فى الأصل : « يجوز » .

المقنع

فَاشْتَرَى شَاتَيْنِ تُسَاوِى إِحْدَاهُمَا دِينَارًا ، أَوِ اشْتَرَى شَاةً تُسَاوِى دِينَارًا بِأَقَلَّ مِنْهُ ، صَحَّ ، وَإِلَّا لَمْ يَصِحَّ .

الشرح الكبير

له (شاتَيْن تُساوِى إحْداهما دِينارًا ، أو اشْتَرَى) له (شاةً تُساوِى دِينارًا بأقَلَّ منه ، صَحَّ ، وإلَّا لم يَصِحَّ) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّه إذا وَكَّله فى شِراءِ شاةٍ بدِينارٍ ، فاشْتَرَى شاتَيْن تُساوِى كلُّ واحِدَةٍ منهما أقلَّ مِن دِينارٍ ، لم يَقَعْ للمُوَكِّلِ . وإنْ كانت كلُّ واحدةٍ منهما تساوى دينارًا ، أو إحْداهما تُساوى دينارًا والأُخْرَى أقلَّ منه ، صحَّ ولَزِم الموَكِّلَ . وهذا المَشْهُورُ مِن مَذْهَبِ الشافعيِّ . وقال أبو حنيفةَ : يَقَعُ للمُوَكِّلِ إحْدَى الشّاتَيْن بنِصفِ دِينارٍ والأُخْرَى للوَكِيلِ ؛ لأنَّه لم يَرْضَ إلَّا[1] بإلْزامِه عُهْدَةَ شاةٍ واحِدَةٍ . ولَنا ، أنَّ النبىَّ ﷺ أعطَى عُرْوَةَ بنَ الجَعْدِ البارِقىَّ دِينارًا ، فقال : « اشْتَرِ لَنا بِهِ شَاةً » قال : فأتَيْتُ [٤/١٤١ ظ] الجَلَبَ ، فاشْتَرَيْتُ شاتَيْن بدِينارٍ ، فجِئْتُ أسُوقُهما – أو أقُودُهما – فلَقِيَنِى رَجلٌ فى الطَّرِيقِ فساوَمَنِى ، فبِعْتُ منه شاةً بدِينارٍ ، فأتَيْتُ النبىَّ ﷺ بالدِّينارِ وبالشّاةِ فقلتُ : يا رسولَ اللهِ هذا دِينارُكم وهذه شاتُكم . فقال : « وَصَنَعْتَ كَيْفَ ؟ » فحدَّثْتُه

الإنصاف

وجزَم به فى « الوَجيزِ » . قلتُ : وهو الصَّوابُ . فالأوَّلُ ضَعيفٌ . وأطْلَقهما فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » .

قوله : وإنْ قال : اشْتَرِ لى شاةً بدِينارٍ ، فاشْتَرَى له شاتَيْن تُساوِى إحْداهما دِينارًا ، أوِ اشْتَرَى شاةً تُساوِى دِينارًا بأقَلَّ منه ، صَحَّ – وكان للمُوَكِّلِ – وإلَّا لم يَصِحَّ .

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

الحديثَ ، قال : « اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُ فى صَفْقَةِ يَمِينِهِ »[1] ولأنه حَصَّلَ له[2] المأْذُونَ فيه وزِيادَةً مِن جِنْسِه تَنْفَعُ ولا تَضُرُّ ، فوَقَعَ ذلك له ، كما لو قال : بِعْه بدِينارٍ . فباعَه بدِينارَيْن ، وما ذَكَره يَبْطُلُ بالبَيْعِ . فإن باع الوَكِيلُ إحْدَى الشّاتَيْنِ بغيرِ أمْرِ المُوكِّلِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه باع مالَ مُوَكِّلِه بغيرِ إذْنِه ، فلم يَجُزْ ، كبَيْعِ الشّاتَيْنِ . والثانى ، إن كانتِ الباقِيةُ تُساوِى دِينارًا ، جاز ؛ لحديثِ عُرْوَةَ ، [3]ولأنَّه[3] حَصَّلَ له المَقْصُودَ ، والزِّيادَةُ لو كانت غيرَ الشاةِ ، جاز ، فجاز له إبْدالُها بغيرِها . وهذا ظاهِرُ كَلامِ أحمدَ ؛ لأنَّه أخَذَ بحديثِ عُرْوَةَ وذَهَب إليه . وإذا قُلْنا : لا يَجُوزُ له بَيْعُ الشّاةِ . فباعَها ، فهل يَبْطُلُ البَيْعُ ، أو يَصِحُّ وَيقِفُ على إجازَةِ المُوَكِّلِ ؟ على رِوايَتَيْن . وهذا أصْلٌ لكلِّ تَصرُّفٍ فى مِلْكِ الغيرِ بغيرِ إذْنِه ووَكِيلٍ خالَفَ مُوَكِّلَه ، فيه الرِّوايَتان . وللشافعىِّ فى صِحَّةِ[4] البَيْعِ هـٰهُنا[5] وَجْهان .

الإنصاف

يعْنِى ، وإنْ لم تُساوِ إحْداهما دِينارًا ، لم يصِحَّ . وهذا المذهبُ بلا رَيْبٍ ، وعليه الأصحابُ . وفى « المُبْهِجِ » رِوايَةٌ فى المَسْأَلَةِ الأُولَى ، أنَّه كفُضُولِىٍّ . وقال فى « عُيونِ المَسائلِ » : إنْ ساوَتْ كلُّ واحِدَةٍ منهما نِصْفَ دِينارٍ ، صحَّ للمُوَكِّلِ لا للوَكِيلِ ، وإنْ كانَتْ كلُّ واحِدَةٍ منهما لا تُساوِى نِصْفَ دِينارٍ ، فرِوايَتان ؛

---

(١) تقدم تخريجه فى ٥٦/١١ .

(٢) سقط من : م .

(٣ - ٣) فى الأصل : « ولا » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) فى ر ، ق : « كههنا » .

الشرح الكبير

فصل : وإذا وَكَّلَه فى شِراءِ عَبْدٍ مُعَيَّنٍ بمائةٍ ، فاشْتَراهُ بما دُونَها ، صَحَّ ، ولَزِم المُوَكِّلَ ؛ لأنَّه مأْذُونٌ فيه عُرْفًا . وإن قال : لا تَشْتَرِه بدُونِ المائةِ . فخالَفَه ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه خالَفَ نَصَّه ، وصَرِيحُ قَوْلِه مُقَدَّمٌ على دَلالةِ العُرْفِ . وإن قال : اشْتَرِه بمائةٍ ، ولا تَشْتَرِه بخَمْسِين . جاز له شِراؤُه بما فوقَ الخَمْسِين ؛ لأنَّ إذْنَه فى الشِّراءِ بمائةٍ دلَّ عُرْفا على الشِّراءِ بما دُونَها ، خَرَج منه الخَمْسُون بصَرِيحِ النَّهْى ، بَقِىَ فيما فوقَها على مُقْتَضَى الإِذْنِ ، فإن اشْتَراه بما دُونَ الخَمْسِين ، جاز فى أحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لذلك ، ولأنَّه لم يُخالِفْ صَرِيحَ نَهْيِه ، أشْبَهَ ما زاد عليها . والثانى ، لا يَجُوزُ ؛ لأنَّه نَهاه عن الخَمْسِين اسْتِقْلالًا لها ، فكان تَنْبِيهًا على النَّهْىِ عما دُونَها ، كما أنَّ الإِذْنَ فى الشِّراءِ بمائةٍ إذْنٌ فيما دُونَها ، فجرَى ذلك[1] مَجْرَى صَرِيحِ نَهْيِه ،

الإنصاف

إحْداهما ، يَقِفُ على إجازَةِ المُوَكِّلِ . وقال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « الحاوِيَيْن » : وقيل : الزَّائِدُ على الثَّمَنِ والمُثَمَّنِ المُقَدَّرَيْن للوَكِيلِ . فعلى المذهبِ ، لو باعَ إحْدَى الشَّاتَيْن بغيرِ إذْنِ المُوَكِّلِ ، فقِيلَ : يصِحُّ إنْ كانتِ الباقِيَةُ تُساوِى دِينارًا ؛ لحَدِيثِ عُرْوَةَ[2] . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : وهو ظاهِرُ كلامِ الإِمامِ أحمدَ ؛ لأنَّه أخَذ بحَدِيثِ عُرْوَةَ . وقدَّمه فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » . وقيل : لا يصِحُّ مُطْلَقًا . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وقيل : يصِحُّ مُطْلَقًا . ذكَرَه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » وقدَّمه . وقال

---

(١) سقط من : م .

(٢) تقدم تخريجه فى : ١١/٥٦ .

الشرح الكبير

فإنَّ تَنْبيهَ الكَلامِ كنَصِّهِ . فإن قال : اشْتَرِه بمائةِ دِينارٍ . فاشْتَراه بمائةِ دِرْهمٍ ، فالحُكْمُ فيه كما لو قال : بِعْه بدِرْهَمٍ . فباعَه بدِينارٍ ، على ما مَضَى . وإن قال : اشْتَرِ لى نِصْفَه بمائةٍ . فاشْتَراه كلَّه أو أكْثَرَ مِن نِصْفِه بمائةٍ ، جاز ؛ لأنَّه مأْذُونٌ فيه عُرْفًا . وإن قال : اشْتَرِ لى نِصْفَه بمائةٍ ولا تَشْتَرِه جَمِيعَه . فاشْتَرى أكْثَرَ مِن النِّصْفِ وأقَلَّ مِن الكُلِّ بمائةٍ ، صَحَّ فى قِياسِ المَسْأَلَةِ التى قبلَها ؛ لكَوْنِ دَلالةِ العُرْفِ قاضِيةً بالإِذْنِ فى شِراءِ كلِّ ما زاد على النِّصْفِ ، خَرَجَ الجَمِيعُ بصَرِيحِ [٤/١٤٢ و] نَهْيِه ، ففيما عَداه يَبْقَى على مُقْتَضَى الإِذْنِ .

فصل : وإن وَكَّلَه فى شِراءِ عَبْدٍ مَوْصوفٍ بمائةٍ ، فاشْتَرَاه على الصِّفَةِ بدونِها ، جَازَ ؛ لأنَّه مأْذُونٌ فيه عُرْفًا . وإن خَالفَ فى الصِّفةِ ، أو اشْتَراه بأكْثَرَ منها ، لم يَلْزَمِ المُوَكِّلَ . وإن قال : اشْتَرِ لى عَبْدًا بمائةٍ ، فاشْتَرَى عبدًا يُساوِى مائةً بدُونِها ، جازَ ؛ لأنَّه لو اشْتَراه بمائةٍ جاز ، فإذا اشْتَراه بدُونِها فقد زاده خَيْرًا ، فيَجُوزُ . وإن كان لا يُساوِى مائةً ، لم يَجُزْ وإن ساوَى أكْثَرَ ممّا اشْتَراه به ؛ لأنَّه خالَفَ أمْرَه ، ولم يُحَصِّلْ غَرَضَه .

الإنصاف

فى « الفائِدَةِ العِشْرين » : لو باعَ إحْداهما بدُونِ إذْنِه ، ففيه طَرِيقان ؛ أحدُهما ، يُخرَّجُ على تَصَرُّفِ الفُضُولِىِّ . والثَّانى ، أنَّه صحيحٌ ، وَجْهًا واحِدًا . وهو المَنْصوصُ .

المقنع

وَلَيْسَ لَهُ شِرَاءُ مَعِيبٍ ، فَإِنْ وَجَدَ بِمَا اشْتَرَى عَيْبًا ، فَلَهُ الرَّدُّ .

الشرح الكبير

٢٠١١ – مسألة : (وليس له شِراءُ مَعِيبٍ ، فإن وَجَد بما اشْتَراه عَيْبًا ، فله رَدُّه) إذا وَكَّلَه فى شِراءِ سِلْعَةٍ مَوْصُوفَةٍ ، لم يَجُزْ أن يَشْتَرِيَها[1] إلَّا سَلِيمَةً[2] ؛ لأنَّ إطْلاقَ البَيْعِ يَقْتَضِى السَّلامَةَ ، ولذلك جاز له الرَّدُّ بالعَيْبِ . فإنِ اشْتَرَى مَعِيبًا يَعْلَمُ عَيْبَه ، لم يَلْزَمِ المُوَكِّلَ ؛ لأنَّه اشْتَرَى له ما لم يَأْذَنْ فيه . وإن لم يَعْلَمْ ، صَحَّ البَيْعُ ؛ لأنَّه إنَّما يَلْزَمُه شِراءُ صَحِيحٍ فى الظَّاهِرِ ، لعَجْزِه عن التَّحَرُّزِ عن شِراءِ مَعِيبٍ لا يَعْلَمُ عَيْبَه ، فإذا عَلِم عَيْبَه ، مَلَك رَدَّه ؛ لأنَّه قائِمٌ مقامَ المُوَكِّلِ ، وللمُوَكِّلِ رَدُّه أيضًا ؛ لأنَّه

الإنصاف

قوله : وليس له شِراءُ مَعِيبٍ . بلا نِزاعٍ . فإنْ فعَل ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ جاهِلًا أو عالِمًا ، فإنْ كان جاهِلًا به فيَأْتِى . وإنْ كان عالِمًا ، لَزِمَ الوَكِيلَ ما لم يَرْضَ المُوَكِّلُ ، وليس له ولا لمُوَكِّلِه رَدُّه . وإنِ اشْتَرَى بعَيْنِ المالِ ، فكشِراءِ فُضُولِىٍّ . وهذا المذهبُ فى ذلك كلِّه ، وعليه الأصحابُ . وقال الأَزَجِىُّ : إنِ اشْتَراه مع عِلْمِه بالعَيْبِ ، فهل يقَعُ عنِ المُوَكِّلِ ؛ لأنَّ العَيْبَ إنَّما يُخافُ منه نَقْصُ المالِيَّةِ – فإذا كان مُساوِيًا للثَّمَنِ ، فالظَّاهِرُ ، أنَّه يَرْضَى به – أم لا يقَعُ عنِ المُوَكِّلِ ؟ فيه وَجْهان .

قوله : وإنْ وجَد بما اشْتَرَى عَيْبًا ، فله الرَّدُّ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، ولم يَضْمَنْه . وقال الأَزَجِىُّ : إنْ جَهِلَ عَيْبَه ، وقدِ اشْتَرَى بعَيْنِ المالِ ، فهل يقَعُ عنِ المُوَكِّلِ ؟ فيه خِلافٌ . انتهى . وله رَدُّه وأخْذُ سَليمٍ بدَلَه ، إذا لم يُعَيِّنْه المُوَكِّلُ ، على ما يأْتِى قرِيبًا .

---

(١) فى م : « يشترى بها » .

(٢) بعده فى م : « من العيوب » .

المقنع فَإِنْ قَالَ الْبَائِعُ : مُوَكِّلُكَ قَدْ رَضِيَ بِالْعَيْبِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَكِيلِ

الشرح الكبير مَلَكَه . فإن حضَرَ قبل رَدِّ الوَكِيلِ[1] ، ورَضِيَ بالعَيْب ، لم يكن للوَكِيلِ رَدُّه ؛ لأنَّ الحَقَّ له ، بخِلافِ المُضارِب ، فإنَّ له الرَّدَّ وإن رَضِيَ رَبُّ المالِ ؛ لأنَّ له حقًّا فلا يَسْقُطُ برِضا غيرِه ، وإن لم يَحْضُرْ ، فأراد الوَكِيلُ الرَّدَّ ، فقال له البائعُ : تَوَقَّفْ حتى يَحْضُرَ المُوَكِّلُ ، فرُبَّما رَضِيَ بالعَيْب . لم يَلْزَمْه ذلك ؛ لأنَّه لا يَأْمَنُ فواتَ الرَّدِّ بهَرَبِ البائعِ ، وفَواتَ الثَّمَنِ بتَلَفِه ، فإن أخَّرَه بِناءً على هذا القولِ ، فلم يَرْضَ به المُوَكِّلُ ، فله الرَّدُّ ، وإن قُلْنا : الرَّدُّ على الفَوْرِ ؛ لأنَّه أخَّرَه بإذْنِ البائعِ فيه . وإن رَضِيَ المُوَكِّلُ سَقَط الرَّدُّ .

٢٠١٢ - مسألة : (فإن قال البائعُ : مُوَكِّلُك قد رَضِيَ بالعَيْبِ .

الإنصاف **فائدتان** ؛ إحْداهما ، لو أسْقَطَ الوَكِيلُ خِيارَه ، فحضَر مُوَكِّلُه ، فرَضِيَ به ، لَزِمَه ، وإلَّا فله رَدُّه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وقال فى « المُغْنِى »[2] : وله رَدُّه على وَجْهٍ . الثَّانيةُ ، لو ظهَر به عَيْبٌ ، وأنْكَرَ البائعُ أنَّ الشِّراءَ وقَع للمُوَكِّلِ ، لَزِمَ الوَكِيلَ ، وليس له رَدُّه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : يَلْزَمُ المُوَكِّلَ ، وله أَرْشُه ، فإنْ تعَذَّرَ مِنَ البائعِ ، لَزِم الوَكِيلَ .

قوله : فإنْ قالَ البائعُ : مُوَكِّلُك قد رَضِيَ بالعَيْبِ . فالقَوْلُ قَوْلُ الوَكِيلِ مع يَمِينِه أنَّه لا يَعْلَمُ ذلك . وهذا المذهبُ مُطْلَقًا ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى

---

(١) فى الأصل : « الموكل » .

(٢) انظر : المغنى ٧/ ٢٥٣ ، ٢٥٤ .

المقنع

مَعَ يَمِينِهِ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ ذَلِكَ . فَإِنْ رَدَّهُ ، فَصَدَّقَ الْمُوَكِّلُ الْبَائِعَ فِى الرِّضَا بِالْعَيْبِ ، فَهَلْ يَصِحُّ الرَّدُّ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

فالقولُ قولُ الوَكِيل مع يَمِينه أنَّه لا يَعْلَمُ ذلك) لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الرِّضا ، فلا يُقْبَلُ قولُه إلَّا ببيِّنةٍ ، فإن لم يُقِمْ بيِّنةً لم يُسْتَحْلَفِ الوَكِيلُ ، إلَّا أن يَدَّعِيَ عِلْمَه ، فيحلفَ على نَفْيِ العِلْمِ . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ فى رِوايَةٍ : لا يُسْتَحْلَفُ ؛ لأنَّه لو حَلَف كان نائبًا فى اليَمِينِ . وليس بصَحِيحٍ ؛ فإنَّه لا نِيابَةَ هـٰهُنا ، فإنَّه إنَّما يَحْلِفُ على نَفْى عِلمِه ، وهذا لا يَنُوبُ فيه عن أحَدٍ . ولو اشْتَرَى المُضارِبُ مَعِيبًا ، صَحَّ ؛ لأنَّ المَقْصُودَ منها الرِّبْحُ ، وهو يَحْصُلُ مع العَيْبِ ، بخِلافِ الوَكِيلِ ، فإنَّه قد يكونُ غَرَضُ المُوَكِّلِ القُنْيَةَ والانْتِفاعَ ، والعَيْبُ يَمْنَعُ بعضَ ذلك .

[٤/١٤٢ ظ] **٢٠١٣** – مسألة : (فإن رَدَّه ، فصَدَّقَ المُوَكِّلُ البائعَ فى الرِّضا بالعَيْبِ ، فهل يَصِحُّ الرَّدُّ ؟ على وَجْهَيْن) أحَدُهما ، لا يَصِحُّ ،

الإنصاف

« الفُروعِ » وغيره . وقيل : يَقِفُ الأَمْرُ على حَلِفِ مُوَكِّلِه ، وللحاكِمِ إلْزامُه حتى يَحْضُرَ مُوَكِّلُه .

فائدتان ؛ إحْداهما ، مِثْلُ ذلك خِلافًا ومذهبًا ، قَوْلُ غَرِيمٍ لوَكِيلِ غائبٍ ، فى قَبْضِ حقِّه : أَبْرَأَنِى مُوَكِّلُك . أو قبَضَه . ويُحْكَمُ عليه ببيِّنةٍ إنْ حُكِمَ على غائبٍ .

الثَّانيةُ ، لوِ ادَّعَى الغَرِيمُ أنَّ المُوَكِّلَ عزَل الوَكِيلَ فى قَضاءِ الدَّيْنِ ، أوِ ادَّعَى مَوْتَ المُوَكِّلِ ، حلَف الوَكِيلُ على نَفْىِ العِلْمِ ، فى أصَحِّ الوَجْهَيْن . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . وقيل : يُقْبَلُ قوْلُه مِن غيرِ يَمِينٍ .

قوله : فإنْ رَدَّه ، فصَدَّقَ المُوَكِّلُ البائعَ فى الرِّضَا بالعَيْبِ ، فهل يَصِحُّ الرَّدُّ ؟

الشرح الكبير

وللمُوَكِّلِ اسْتِرْجاعُه ، وللبائعِ رَدُّه عليه ؛ لأنَّ رِضاه به عَزْلٌ للوَكِيلِ عن الرَّدِّ ، بدَليلِ أنَّه لو عَلِمَهُ[1] ، لم يكنْ له الرَّدُّ . والثانى ، يَصِحُّ الرَّدُّ ، بناءً على أن[2] الوَكِيلَ لا يَنْعزِلُ قبلَ العِلْمِ بالعَزْلِ . فإن رَضِىَ الوَكِيلُ المَعِيبَ ، أو أمْسَكَه إمساكًا يَنْقَطِعُ به الرَّدُّ ، فحَضَرَ المُوَكِّلُ فأراد الرَّدَّ ، فله ذلك على الوَجْهِ الأوَّلِ إن صَدَّقَ البائعُ المُوَكِّلَ أنَّ الشِّراءَ له ، أو قامت به بَيِّنَةٌ ، وإن كَذَّبَه و لم يكنْ بَيِّنَةٌ ، فَحَلَفَ البائعُ أنَّه لا يَعْلَمُ أنَّ[2] الشِّراءَ له ، فليس له رَدُّه ؛ لأنَّ الظّاهِرَ أنَّ مَن اشْتَرَى شيئًا فهو له ، ويَلْزَمُ الوَكِيلَ ، وعليه غَرامَةُ الثَّمَنِ . وهذا كلُّه مَذْهَبُ الشافعىِّ . وقال أبو حنيفةَ : للوَكِيلِ شِراءُ المَعِيبِ ؛ لأنَّ التَّوْكِيلَ فى البَيْعِ مُطْلَقًا يَدْخُلُ المَعِيبُ فى إطْلاقِه ، ولأنَّه أمِينٌ فى الشِّراءِ فجاز له ذلك ، كالمُضارِبِ . ولَنا ، أنَّ البَيْعَ بإطْلاقِه يَقْتَضِى الصَّحِيحَ دُونَ المَعِيبِ ، فكذلك الوَكالَةُ فيه ، ويُفارِقُ المُضارَبَةَ مِن حيثُ إنَّ المَقْصُودَ فيها الرِّبْحُ ، وهو يَحْصُلُ مِن

الإنصاف

على وَجْهَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ؛ أحدُهما ، لا يصِحُّ الرَّدُّ ، وهو باقٍ للمُوَكِّلِ . وهو المذهبُ . صَحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « المُغْنِى » . والثَّانى ، يصِحُّ ، فيُجَدِّدُ المُوَكِّلُ العَقْدَ . صَحَّحه فى « النَّظْمِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ :

---

(١) فى الأصل : « أعلمه » .

(٢) سقط من : الأصل .

المقنع

وَإِنْ وَكَّلَهُ فِى شِرَاءِ مُعَيَّنٍ ، فَاشْتَرَاهُ [١٢١ظ] ، وَوَجَدَهُ مَعِيبًا ، فَهَلْ لَهُ رَدُّهُ قَبْلَ إِعْلَامِ الْمُوَكِّلِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

المَعِيبِ كحُصُولِه مِن الصَّحِيحِ ، بخِلافِ الوَكالَةِ ، فإنَّه قد يكونُ المَقْصُودُ بها القُنْيَةَ ، أو يَدْفَعُ بها حاجَةً يكونُ المَعِيبُ مانِعًا منها ، فلا يَحْصُلُ المَقْصُودُ . وقد ناقَضَ أبو حنيفةَ قَوْلَه ؛ فإنَّه قال فى قَوْلِه تعالى: ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾[1] : لا تَجُوزُ العَمْياءُ ولا مَعِيبَةٌ عَيْبًا يَضُرُّ بالعَمَلِ . وقال هٰهُنا : يَجُوزُ للوَكِيل شِراءُ الأعْمَى والمُقْعَدِ ومَقْطُوعِ اليَدَيْنِ والرِّجْلَيْن .

٢٠١٤ – مسألة : (وإن وَكَّلَه فى شِراءِ مُعَيَّنٍ ، فاشْتَراه فَوَجدَه مَعِيبًا ، فهل له رَدُّه قبلَ إعْلامِ المُوَكِّلِ ؟ على وَجْهَيْن) أحَدُهما ، له الرَّدُّ ؛

الإنصاف

يَصِحُّ الرَّدُّ ، بِناءً[2] على أنَّ الوَكِيلَ لا يَنْعَزِلُ قبلَ عِلْمِه . وقال أبو المَعالِى فى « النِّهايَةِ » : يَطَّرِدُ رِوايَتان مَنْصوصَتان [٢/١٥٢ظ] فى اسْتِيفاءِ حَدٍّ وقَوَدٍ وغيرِهما مِنَ الحُقوقِ ، [3]مع غَيْبَةِ المُوَكِّلِ ، وحُضورِ وَكِيلِه[3] . وحَكاهما غيرُه فى حَدٍّ وقَوَدٍ على ما تقدَّم .

فائدة : رِضَى المُوَكِّلِ الغائبِ بالمَعِيبِ عَزْلٌ لوَكِيلِه عن رَدِّه .

قوله : وإنْ وَكَّلَه فى شِراءِ مُعَيَّنٍ ، فاشْتَراه ، ووجَدَه مَعِيبًا ، فهل له الرَّدُّ قبلَ إعْلامِ المُوَكِّلِ ؟ على وجْهَيْن . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ،

---

(١) سورة المجادلة ٣ .

(٢) زيادة من : ا .

(٣ – ٣) فى الأصل ، ط : « ومع غيبة الموكل وحضور » .

الشرح الكبير

لأنَّ الأمْرَ يقْتَضِى السَّلامَةَ ، أشْبَهَ ما لو وَكَّلَه فى شِراءِ مَوْصُوفَةٍ . والثانِى ، لا يَمْلِكُه ؛ لأنَّ المُوَكِّلَ قَطَع نَظَرَه بالتَّعْيِينِ ، فرُبَّما رَضِيَه على جَمِيعِ صِفاتِه . فإن قُلْنا : له الرَّدُّ . فحُكْمُه حُكْمُ غيرِ المُعَيَّنِ . وإن عَلِم عَيْبَه قبل شِرائِه ، فهل له شِراؤُهُ ؟ يَحْتَمِلُ[1] وَجْهَيْن مَبْنِيَّيْن على رَدِّه إذَا عَلِم عَيْبَه بعدَ شِرائه ، إن قُلْنا : له رَدُّه . فليس له شِراؤُه ؛ لأنَّ العَيْبَ إذا جاز الرَّدُّ به بعدَ العَقْدِ فلأن[2] يَمْنَعَ مِن الشِّراءِ أوْلَى . وإن قُلْنا : لا يَمْلِكُ الرَّدَّ ثَمَّ[3] . فله الشِّراءُ هـٰهُنا ؛ لأن تَعْيِينَ المُوَكِّلِ قَطَع نَظَرَه واجْتِهادَه فى جَوازِ الرَّدِّ ، فكذلك فى الشِّراءِ .

الإنصاف

و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُـروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ؛ أحدُهما ، له الرَّدُّ . وهو الصَّحيحُ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « تَصْحيحِ المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْـنِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . والوَجْهُ الثَّانى ، ليس له الرَّدُّ . قال فى « الرِّعايتَيْن » : هذا أوْلَى . وقدَّمه فى « الخُلاصَةِ » . قلتُ : وهو الصَّوابُ . فلو عَلِمَ عَيْبَه قبلَ شِرائِه ، فهل له شِراؤُه ؟ فيه وَجْهان مَبْنِيَّان على الوَجْهَيْن اللَّذين قبلَهما ؛ فإنْ قُلْنا : يَمْلِكُ الرَّدَّ فى الأُولَى . فليس له شِراؤُه . وإنْ قُلْنا : لا يَمْلِكُ هناك . فله الشِّراءُ هنا . قاله المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . قال فى « الفُروعِ » : فإنْ ملَكَه ، فله شِراؤُه إنْ عَلِمَ عَيْبَه قبلَه . وهو مُخالِفٌ لما قالاه . وقد تقدَّم أنَّه إذا لم

---

(١) فى الأصل : « على » .

(٢) فى الأصل : « فلا » .

(٣) سقط من : الأصل ، ق ، ر ١ .

المقنع

وَإِنْ قَالَ : اشْتَرِ لِى بِعَيْنِ هَذَا الثَّمَنِ . فَاشْتَرَى لَهُ فِى ذِمَّتِهِ ، لَمْ يَلْزَمِ الْمُوَكِّلَ .

الشرح الكبير

٢٠١٥ – مسألة : (فإن قال : اشْتَرِ لى بعيْنِ هذا الثَّمَنِ . فاشْتَرَى له فى ذِمَّتِه ، لم يَلْزَمِ المُوَكِّلَ) وجملةُ ذلك ، أنَّه إذا دَفَع إليه دَراهِمَ وقال : اشْتَرِ لى بهذه عَبْدًا . كان له أن يَشْتَرِىَ بعَيْنِها وفى الذِّمَّةِ ؛ لأنَّ الشِّراءَ يَقَعُ على هذَيْن الوَجْهَيْن [١٤٣/٤ و] فإذا أطْلَقَ كان له فِعْلُ ما شاء منهما . فإنْ قال : اشْتَرِ بعَيْنِها . فاشْتَراه فى ذِمَّتِه ثم نَقَدَها ، لم يَلْزَمِ المُوَكِّلَ ؛ لأنَّه إذا تَعَيَّنَ الثَّمَنُ ، انْفَسَخَ العَقْدُ بتَلَفِه ، أو كونِه مَغْصُوبًا ، ولم يَلْزَمْه ثَمَنٌ فى ذِمَّتِه ، وهذا غَرَضٌ صَحِيحٌ للمُوَكِّلِ ، فلم يَجُزْ مُخالَفَتُه ، ويَقَعُ الشِّراءُ للوَكِيلِ . وهل يَقِفُ على إجازَةِ المُوَكِّلِ ؟ على رِوَايَتَيْن .

الإنصاف

يَكُنْ مُعَيَّنًا ، أنَّ له الرَّدَّ وأخْذَ بدَلِه مِن غيرِ إعْلامِ المُوَكِّلِ .

قوله : وإنْ قالَ له : اشْتَرِ لى بعَيْنِ هذا الثَّمَنِ . فاشْتَرَى له فى ذِمَّتِه ، لم يَلْزَمِ المُوَكِّلَ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، إنْ أجازَه المُوَكِّلُ ، لَزِمَه ، وإلَّا فلا . وعلى كلِّ قَوْلٍ ، البَيْعُ صحيحٌ ، وحيثُ لم يَلْزَمِ المُوَكِّلَ ، لَزِمَ الوَكِيلَ .

فائدة : لو قال : اشْتَرِ لى بهذِه الدَّراهِمِ كذا . ولم يَقُلْ : بعَيْنِها . جازَ له أنْ يَشْتَرِىَ له فى ذِمَّتِه ، وبعَيْنِها . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . فليس له العَقْدُ مع فَقِيرٍ ، وقاطِعِ طَرِيقٍ ، إلَّا بأمْرِه . نقَلَه الأَثْرَمُ .

المقنع وإنْ قَالَ : اشْتَرِ لِى فِى ذِمَّتِكَ ، وَانْقُدِ الثَّمَنَ . فَاشْتَرَى بِعَيْنِهِ ، صَحَّ .

الشرح الكبير **٢٠١٦** – مسألة : (فإن قال : اشْتَرِ لى فى ذِمَّتِك ، وانْقُدِ الثَّمَنَ . فاشْتَرَى بعينِه ، صَحَّ) ولَزِم المُوَكِّلَ . ذَكَرَه أصْحابُنا ؛ لأنَّه أذِنَ له فى عَقْدٍ يَلْزَمُه به الثمنُ مع بَقاءِ الدَّراهِمِ وتَلَفِها ، فكان إذْنًا فى عَقْدٍ لا يَلْزَمُه الثمنُ إلَّا مع[١] بَقائِها . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ ؛ لأنَّه قد يكونُ له غَرَضٌ فى الشِّراءِ بغيرِ عَيْنِها ؛ لشُبْهَةٍ فيها[٢] لا يُحِبُّ[٣] أن يَشْتَرِىَ بها ، أو يَخْتارُ وُقُوعَ عَقْدٍ لا يَنْفَسِخُ بتَلَفِها[٤] ، ولا يَبْطُلُ بتحْرِيمِها ، وهذا غَرَضٌ صَحِيحٌ ، فلا يَجُوزُ تفويتُه[٥] عليه ، كما لم يَجُزْ تَفْويتُ غَرَضِه فى الصُّورَةِ الأُولَى . ومَذْهَبُ الشافعىِّ فى هذا كلِّه على نحوِ ما ذَكَرْنا .

الإنصاف قوله : وإنْ قالَ : اشْتَرِ لى فى ذِمَّتِك وانْقُدِ الثَّمَنَ . فاشْتَرَى بعَيْنِه ، صَحَّ . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما : ذكَرَه أصحابُنا . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، وقال : إنْ لم يَكُنْ للمُوَكِّلِ غَرَضٌ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم . وقيل : لا يصِحُّ . وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » ،

(١) سقط من : م .
(٢) فى الأصل : « فيما » .
(٣) فى م : « لا يجب » .
(٤) الأصل : « بنقلها » .
(٥) فى م : « توفيته » .

المقنع

وَإِنْ أَمَرَهُ بِبَيْعِهِ فِى سُوقٍ بِثَمَنٍ ، فَبَاعَهُ بِهِ فِى آخَرَ ، صَحَّ . وَإِنْ قَالَ : بِعْهُ لِزَيْدٍ . فَبَاعَهُ مِنْ غَيْرِهِ ، لَمْ يَصِحَّ .

الشرح الكبير

٢٠١٧ – مسألة : (وإن أمَرَه ببيعِه فى سُوقٍ بثَمَنٍ ، فباعَه به فى آخَرَ ، صَحَّ . وإن قال : بِعْهُ مِن زيدٍ . فباعَه مِن غيرِه ، لم يَصِحَّ) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ الوَكِيلَ لا يَمْلِكُ مِن التَّصرُّفِ إلَّا ما يَقْتَضِيه إذْنُ مُوَكِّلِه مِن جِهَةِ النُّطْقِ أو العُرْفِ ؛ لأنَّ تَصرُّفَه بالإِذْنِ ، فاخْتَصَّ بما أذِنَ فيه ، والإِذْنُ يُعْرَفُ بالنُّطْقِ تارَةً وبالعُرْفِ أُخْرَى . ولَو وَكَّلَ رجلًا فى التَّصرُّفِ فى زَمَنٍ مُقَيَّدٍ ،

الإنصاف

و « الشَّرْحِ » ، ومالَا إليه . قال فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » : وقيل : إنْ رَضِىَ به ، وإلَّا بطَل . وهو أوْلَى .

فائدة : يُقْبَلُ إقْرارُ الوَكِيلِ بعَيْبٍ فيما باعَه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه ، وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . (١)وجزَم به فى(١) « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الكافِى » ، وغيرِهم ، ذكَرُوه فى الشَّرِكَةِ . (٢)وقالَ فى « المُنْتَخَبِ »(٢) : لا يُقْبَلُ . واخْتارَه المُصَنِّفُ . فلا يُرَدُّ على مُوَكِّلِه . (٣)وإنْ رُدَّ بنُكُولِه(٣) ، (٤)ففى رَدِّه على مُوَكِّلِه وَجْهان . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » . قلتُ : الصَّوابُ ردُّه على المُوَكِّلِ(٤) .

قوله : وإنْ أمَرَه ببَيْعِه فى سُوقٍ بثَمَنٍ ، فباعَه به فى آخَرَ ، صَحَّ . إنْ لم يَنْهَه عنه ، ولم يَكُنْ له فيه غَرَضٌ . بلا نِزاعٍ .

(١ – ١) فى الأصل ، ط : « وقال فى المنتخب و » .
(٢ – ٢) سقط من : الأصل ، ط .
(٣ – ٣) سقط من : الأصل ، وفى ط : « قوله » .
(٤ – ٤) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

لم يَمْلِكِ التَّصَرُّفَ قبلَه ولا بعدَه ؛ لأنَّه لم يتَناوَلْه إذْنُه نُطْقًا ولا عُرْفًا ، فإنَّه قد يَخْتَارُ التَّصَرُّفَ فى زَمَنِ الحاجَةِ إليه دُونَ غيرِه ، ولهذا لمَّا عَيَّنَ اللهُ تعالى لعِبادَتِه وَقْتًا ، لم يَجُزْ تَقْدِيمُها عليه ولا تأْخِيرُها عنه . فلو قال له : بِعْ ثَوْبِى غَدًا . لم يَجُزْ بَيْعُه[1] قبلَه ولا بعدَه . فإن عَيَّنَ له المكانَ ، وكان يَتَعلَّقُ به غَرَضٌ ، مثلَ أن يأْمُرَه [2]ببَيْعِ ثَوْبِه[2] فى سُوقٍ ، وكان السُّوقُ مَعْرُوفًا بجَوْدَةِ النَّقْدِ ، أو كَثْرَةِ الثَّمَنِ ، أو حِلِّه ، أو بصَلاحِ أهْلِه ، أو بمَوَدَّةٍ بينَ المُوَكِّلِ[3] وبَيْنَهم ، تَقَيَّدَ الإِذْنُ به ؛ لأنَّه نَصَّ على أمْرٍ له فيه غَرَضٌ ، فلم يَجُزْ تَفْوِيتُه . وإن كان هو وغيرُه سَواءً فى الغَرَضِ ، لم يَتَقَيَّدِ الإِذنُ به ، وجاز له البَيْعُ فى غيرِه ، لمُساواتِه المَنْصُوصَ عليه فى الغَرَضِ ، فكان تَنْصِيصُه على أحَدِهما إذْنًا فى الآخَرِ ، كما لو اسْتَأْجَرَ أو اسْتَعارَ أرْضًا لزِراعَةِ شىءٍ ، كان إذْنًا فى زِراعَةِ مِثْلِه وما دُونَه ، ولو اكْتَرَى عَقارًا ، كان له أن يُسْكِنَه مثلَه ، ولو نَذَر الاعْتِكافَ أو الصَّلاةَ فى مَسْجِدٍ ، جاز له ذلك فى غيرِه . وسَواءٌ قَدَّرَ له الثَّمَنَ أو لم يُقَدِّرْه . فأمَّا إن [٤/١٤٣ ظ] عَيَّنَ له المُشْتَرِىَ فقال : بِعْه فُلانًا . لم يَمْلِكْ بَيْعَه لغيرِه ، بغيرِ خِلافٍ عَلِمْناه ، سَواءٌ قَدَّرَ له الثَّمَنَ أو لا ؛ لأنَّه قد يكونُ له غَرَضٌ فى تمليكِه إيّاه دُونَ غيرِه ، إلَّا أن يَعْلَمَ بقَرِينَةٍ أو صَرِيحٍ أنَّه لا غَرَضَ له فى عَيْنِ[4] المُشْتَرِى .

الإنصاف ....

(١) سقط من : م .
(٢ - ٢) فى الأصل: « ببيعه » .
(٣) فى م : « الوكيل » .
(٤) فى الأصل : « غير » .

الشرح الكبير

فصل : إذا اشْتَرَى الوَكِيلُ لمُوَكِّلِه شيئًا ، انْتَقَلَ المِلْكُ مِن البائعِ إلى المُوَكِّلِ ، ولم يَدْخُلْ فى مِلْكِ الوَكِيلِ . وبه قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَدْخُلُ فى مِلْكِ الوَكِيلِ ، ثم يَنْتَقِلُ إلى المُوَكِّلِ ؛ لأنَّ حُقُوقَ العَقْدِ تَتعلَّقُ بالوَكيلِ ، بدَلِيلِ أنَّه لو اشْتَراه بأَكْثَرَ مِن ثَمَنِه ، دَخَل فى مِلْكِه ولم يَنْتَقِلْ إلى المُوَكِّلِ . ولَنا ، أنَّه قَبِلَ عَقْدًا لغيرِه ، صَحَّ له ، فوَجَبَ أن يَنْتَقِلَ المِلْكُ إليه ، كالأبِ والوَصِىِّ ، وكما لو تزوَّجَ له . وقَوْلُهم : إن حُقُوقَ العَقْدِ تَتَعلَّقُ به . غيرُ مُسَلَّمٍ . ويَتَفَرَّعُ عن هذا أنَّ المُسْلِمَ لو وَكَّلَ ذِمِّيًّا فى شِرَاءِ خمرٍ[1] أو خِنْزِيرٍ ، فاشْتَراهُ له ، لم يَصِحَّ الشِّراءُ . وقال أبو حنيفةَ : يَصِحُّ ، ويَقَعُ للذِّمِّىِّ ؛ لأنَّ الخَمْرَ مالٌ لهم ؛ لأنهم يَتَموَّلونَها ويَتَبايَعُونَها ، فصَحَّ تَوْكِيلُهم فيها ، كسائِرِ أمْوالِهم . ولَنا ، أنَّ كلَّ ما لا يَجُوزُ للمُسْلِمِ العَقْدُ عليه ، لا يجوزُ أن يُوَكِّلَ فيه ، كتَزْوِيجِ المَجُوسِيَّةِ ، وبهذا خالَفَ سائِرَ أمْوالِهم . وإذا باع الوَكِيلُ بثَمَنٍ مُعَيَّنٍ ، ثَبَت المِلْكُ للمُوَكِّلِ فى الثَّمَنِ ؛ لأنَّه بمنزِلَةِ المَبِيعِ . وإن كان الثَّمَنُ فى الذِّمَّةِ ، فللوَكِيلِ والمُوَكِّلِ المُطالَبَةُ به . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : ليس للمُوَكِّلِ المُطالَبَةُ ؛ لأنَّ حُقُوقَ العَقْدِ تَتَعَلَّقُ بالوَكِيلِ دُونَه ، ولهذا يتَعَلَّقُ مَجْلِسُ الصَّرْفِ والخيارُ به دُونَ مُوَكِّلِه ، فكذلك القبضُ . ولَنا ، أنَّ هذا دَيْنٌ للمُوَكِّلِ يَصِحُّ قَبْضُه له ، فمَلَكَ المُطالَبَةَ به ، كسائِرِ دُيُونِه

الإنصاف ....

(١) فى م : « دم » .

المقنع

وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ شَيْءٍ مَلَكَ تَسْلِيمَهُ ، وَلَمْ يَمْلِكْ قَبْضَ ثَمَنِهِ إِلَّا بِقَرِينَةٍ ، فَإِنْ تَعَذَّرَ قَبْضُهُ ، لَمْ يَلْزَمِ الْوَكِيلَ شَيْءٌ .

الشرح الكبير

التى وَكَّلَ فيها ، وفارَقَ مَجْلِسَ الصَّرْفِ[1] ؛ لأنَّ ذلك مِن شُرُوطِ[2] العَقْدِ ، فتَعَلَّقَ بالعاقِدِ ، كالإِيجابِ والقَبُولِ ، وأمّا الثَّمَنُ فهو حَقٌّ للمُوَكِّلِ ومالٌ مِن مالِه ، فكانت له المُطالَبَةُ به . ولا نُسَلِّمُ أنَّ حُقُوقَ العَقْدِ تتعلَّقُ به ، وإنَّما تتعلَّقُ بالمُوَكِّلِ ، وهى تَسْلِيمُ الثَّمَنِ ، وقَبْضُ المَبِيعِ ، والرَّدُّ بالعَيْبِ ، وضَمانُ الدَّرَكِ . فأمّا ثَمَنُ ما اشْتَراه إذا كان فى الذِّمَّةِ ، فإنَّه يَثْبُتُ فى ذِمَّةِ المُوَكِّلِ أصْلًا ، وفى ذِمَّةِ الوَكِيلِ تَبَعًا ، كالضّامِنِ . وللبائعِ مُطالَبَةُ مَن شاء منهما ، فإن أبْرَأ الوَكِيلَ لم يَبْرَأ المُوَكِّلُ ، وإن أبْرَأ المُوَكِّلَ بَرِئَ الوَكِيلُ ، كالضَّامِنِ والمَضْمُونِ عنه سَواء . وإن دَفَع الثَّمَنَ إلى البائعِ ، فوَجَدَ به عَيْبًا ، فرَدَّه على الوَكِيلِ ، كان أمانَةً فى يَدِه ، إن تَلِف فهو مِن ضَمانِ المُوَكِّلِ . ولو وَكَّلَ رَجلًا يَسْتَسْلِفُ له [3]ألفًا فى[3] كُرِّ[4] حِنْطَةٍ ، ففَعَلَ ، مَلَكَ المُوَكِّلُ[5] ثَمَنَها ، والوَكِيلُ ضامِنٌ عن مُوَكِّلِه ، كما تَقَدَّم .

٢٠١٨ – مسألة : (وإن وَكَّله فى بَيْعِ شئٍ ، مَلَك تَسْلِيمَه ، ولم يَمْلِكْ قَبْضَ ثمنِه إلَّا بقَرِينةٍ . فإن تعَذَّرَ قَبْضُه ، لم يَلْزَمِ الوَكِيلَ شئٌ) لأنَّ

الإنصاف

قوله : وإنْ وَكَّله فى بَيْعِ شئٍ ، ملَك تَسْلِيمَه . بلا نِزاعٍ .

(١) فى الأصل ، م : « العقد » .
(٢) فى م : « شرط » .
(٣ – ٣) فى م : « العامى » .
(٤) الكُرُّ : مكيال لأهل العراق ، أو ستون قفيزًا ، أو أربعون أردبًا .
(٥) سقط من : م .

الشرح الكبير

إطْلاقَ التَّوْكِيلِ فى البَيْعِ يَقْتَضِى التَّسْلِيمَ ، لكَوْنِه مِن تَمامِه ، ولم يَمْلِكِ الإِبْراءَ مِن الثَّمَنِ . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَمْلِكُه . ولَنا ، أنَّ الإِبْراءَ ليس مِن المَبِيعِ ولا من ثَمَنِه ، فلا يكونُ التَّوْكِيلُ فى البَيْعِ توكيلًا[1] فيه ، كالإِبْراءِ مِن غيرِ ثَمَنِه . فأمّا قَبْضُ الثَّمَنِ ، فقال القاضِى ، وأبو الخَطَّاب : لا يَمْلِكُه . وهو أحَدُ الوَجْهَيْنِ لأصْحابِ الشافعىِّ ؛ لأنَّه قد يُوَكِّلُ فى البَيْعِ مَن لا يَأْتَمِنُه على قَبْضِ الثَّمَنِ . فعلى هذا ، إن تَعَذَّرَ قَبْضُ الثَّمنِ مِن المُشْتَرِى ، لم يَلْزَمِ الوَكِيلَ شيءٌ . ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَ قَبْضَ الثَّمَنِ ؛ لأنَّه مِن مُوجَبِ البَيْعِ ، فمَلَكَه ، كتَسْلِيمِ المَبِيعِ . فعلى هذا ليس له تَسْلِيمُ المَبِيعِ إلَّا بقَبْضِ الثَّمَنِ أو حُضُورِه ،

الإنصاف

وقوله : ولم يَمْلِكْ قَبْضَ ثَمَنِه إلَّا بقَرِينَةٍ . هذا أحَدُ الوُجوهِ . جزَم به فى « الوَجيزِ » ، وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » ، على ما يأْتِى . واخْتارَه المُصَنِّفُ ، وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وهو الصَّوابُ . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يَمْلِكُ قَبْضَ ثَمَنِه مُطْلَقًا . وهو المذهبُ ، كالحاكِمِ وأَمِينِه . اخْتارَه القاضى وغيرُه . وجزَم به فى « الهِدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . والوَجْهُ الثَّالِثُ ، يَمْلِكُه مُطْلَقًا . وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وقال فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » : وفى قَبْضِه ثَمَنَه بلا قَرِينَةٍ وَجْهان . وقال ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » : له قَبْضُ الثَّمَنِ ، إنْ فُقِدَتْ قَرِينَةُ المَنْعِ . فعلى

---

(1) فى الأصل : « توكيله » .

الشرح الكبير

فإن سَلَّمَه قبلَ قَبْضِ ثَمَنِه ضَمِنَه . قال شيخُنا[1] : والأَوْلَى أن يَنْظُرَ فيه ، فإن دَلَّتْ قَرِينَةُ الحالِ على قَبْضِ الثَّمنِ ، مثلَ تَوْكِيلِه فى بَيْعِ ثَوْبٍ فى سُوقٍ غائبٍ عن المُوَكِّلِ ، أو مَوْضِعٍ يَضِيعُ الثَّمَنُ بتركِ قَبْضِ الوَكِيلِ له[2] ، كان إذْنًا فى قَبْضِه ، فمتى تَرَكَ قَبْضَه ضَمِنَه ؛ لأَنَّ ظاهِرَ حالِ المُوَكِّلِ أنَّه إنَّما أمَرَه بالبَيْعِ لتَحْصِيلِ ثَمَنِه ، فلا يَرْضَى بتَضْيِيعِه ، ولهذا يُعَدُّ مَن فَعَل ذلك مُفَرِّطًا . وإن لم تَدُلَّ القَرِينةُ على ذلك ، لم يَكُنْ له قَبْضُه .

الإنصاف

المذهبِ ، إنْ تعَذَّرَ قَبْضُ الثَّمَنِ مِنَ المُشْتَرِى ، لم يَلْزَمِ الوَكِيلَ شىءٌ ، كما لو ظهَر المَبِيعُ مُسْتَحَقًّا أو مَعِيبًا . وعلى الثَّالثِ ، ليس له تَسْليمُ المَبيعِ إلَّا بقَبْضِ الثَّمَنِ ، أو حُضورِه ، وإنْ سلَّمَه قبلَ قَبْضِ ثَمَنِه ، ضَمِنَه . وعلى الأوَّلِ ، إنْ دلَّتْ قَرِينَةٌ على قَبْضِه و لم يَقْبِضْه ، ضَمِنَه ، وإلَّا فلا .

فائدتان ؛ إحْداهما ، وكذا الحُكْمُ لو وَكَّلَه فى شِراءِ سِلْعَةٍ ، هل يقْبِضُها أم لا ؟ أم يقْبِضُها إنْ دلَّتْ قَرِينَةٌ عليه ؟ وإنْ أخَّرَ تَسْلِيمَ ثَمَنِه بلا عُذْرٍ ، ضَمِنَه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه . وقيل : لا يَضْمَنُ . الثَّانيةُ ، هل للوَكِيلِ فى البَيْعِ أوِ الشِّراءِ فِعْلُ ذلك بشَرْطِ الخِيارِ له ، وقيل : مُطْلَقًا . أم لا ؟ فيه وَجْهان . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » . قال فى « الرِّعايةِ » : [٢/ ١٥٣و] وإنْ وُكِّلَ فى شِراءٍ ، لم يَشْرُطِ الخِيارَ للبائعِ . وهل له شَرْطُه لنَفْسِه ، أو لمُوَكِّلِه ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن . انتهى . وظاهِرُ كلامِه فى « المُجَرَّدِ » ، و « الرِّعايةِ الكُبْرى » ، فى البَيْعِ ، صِحَّةُ ذلك ، ويكونُ للمُوَكِّلِ . فإذا شرَط الخِيارَ ، فهو لمُوَكِّلِه ، وإنْ شرَطَه لنَفْسِه ، فهو لهما ،

(١) فى : المغنى ٧/ ٢١٢ .

(٢) سقط من : م .

وَإِنْ وَكَّلَهُ فِى بَيْعٍ فَاسِدٍ ، ....

الشرح الكبير

فصل : فإن وَكَّله فى شِراءِ شىءٍ ، مَلَك تَسْلِيمَ ثَمَنِه ؛ لأنَّه مِن تَتِمَّتِه[1] وحُقُوقِه ، فهو كتَسْليمِ المَبيعِ فى البَيْعِ . والحُكْمُ فى قَبْضِ المَبيعِ كالحُكْمِ فى قَبْضِ الثَّمَنِ فى البَيْعِ[2] ، على ما ذكَرْنا . فإن اشْتَرَى عَبْدًا فنَقَدَ ثَمَنَه ، فخَرَجَ العَبْدُ مُسْتَحَقًّا ، فهل يَمْلِكُ أن يُخاصِمَ البائِعَ فى الثَّمَنِ ؟ على وَجْهَيْنِ . فإن اشْتَرَى شيئًا وقَبَضَه ، وأَخَّرَ تَسْلِيمَ الثَّمَنِ لغيرِ عُذْرٍ ، فهَلَكَ فى يَدِه ، ضَمِنَه ، وإن كان له عُذْرٌ ، مثلَ أن ذَهَب لِيَنْقُدَه [فهَلَكَ][3] أو نحوَ ذلك ، فلا ضَمانَ عليه . نَصَّ أحمدُ على هذا ؛ لأنَّه مُفَرِّطٌ فى إمْساكِه فى الصُّورَةِ الأُولَى ، فلَزِمَه الضَّمانُ ، بخِلافِ ما إذا لم يُفَرِّطْ .

٢٠١٩ – مسألة : (وإن وَكَّلَه فى بَيْعٍ فاسِدٍ ، لم يَصِحَّ) ولم يَمْلِكْه ؛ لأنَّ اللهَ تعالى لم يَأْذَنْ فيه ، ولأنَّ المُوَكِّلَ لا يَمْلِكُه ، فالوَكِيلُ

الإنصاف

ولا يصِحُّ شَرْطُه له وحدَه . ويَخْتَصُّ الوَكِيلُ بخِيارِ المَجْلِسِ ، ويَخْتَصُّ به المُوَكِّلُ ، إنْ حضَرَه وحجَر عليه . جزَم به فى « الفُروعِ » . وقال فى « التَّلْخيصِ » : وإنْ حضَر المُوَكِّلُ فى المَجْلِسِ ، وحجَر على الوَكِيلِ فى الخِيارِ ، رجَعَتْ حَقِيقَةُ الخِيارِ إلى المُوَكِّلِ ، فى أظْهَرِ الاحْتِمالَيْن . وتقدَّم ذلك فى خِيارِ الشَّرْطِ ، ومَسائِلَ أُخَرَ ، عندَ قَوْلِه : وإنْ شرَط الخِيارَ لغيرِه ، جازَ .

قوله : وإنْ وَكَّلَه فى بَيْعٍ فاسِدٍ ، أو فى كلِّ قَلِيلٍ وكَثِيرٍ ، لم يَصِحَّ . إذا وَكَّلَه

(١) فى م : « ثمنه » .

(٢) فى الأصل ، ر : « المبيع » .

(٣) سقط من النسخ . وانظر المغنى ٧/٢١٣ .

المقنع أَوْ كُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ ، لَمْ يَصِحَّ .

الشرح الكبير أوْلَى . ولا يَمْلِكُ الصَّحِيحَ ؛ لأنَّ المُوَكِّلَ لم يَأْذَنْ فيه . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَمْلِكُ الصَّحِيحَ ؛ لأنَّه إذا أذِنَ فى الفاسِدِ ، فالصَّحِيحُ أوْلَى . ولَنا ، أنَّه أَذِنَ له فى مُحَرَّمٍ ، فلم يَمْلِكِ الحَلالَ بالإِذْنِ فى الفاسِدِ ، كما لو أذِنَ فى شِراءِ [٤/١٤٤ ظ] خَمْرٍ أو خِنْزِيرٍ ، لم يَمْلِكْ شِراءَ الخَيْلِ والغَنَمِ .

٢٠٢٠ – مسألة : (و) إن وَكَّلَه فى (كُلِّ قَلِيلٍ وكَثِيرٍ ، لم يَصِحَّ) لأنَّه يَدْخُلُ فيه كلُّ شىءٍ ، فيَعْظُمُ الغَرَرُ ، ولأنَّه لا يَصحُّ التَّوْكِيلُ إلَّا فى تَصَرُّفٍ مَعْلُومٍ . وبه قال أبو حنيفةَ ، والشافعيُّ . وقال ابنُ أبى لَيْلَى : يَصِحُّ ويَمْلِكُ به كلَّ ما تَناوَلَه لَفْظُه ؛ لأنَّ لَفْظَه عامٌّ ، فصَحَّ فيما تَناوَلَهُ ، كما لو قال : بِعْ مالِى كُلَّه . ولنا ، أنَّ فى هذا غَرَرًا عَظِيمًا وخَطَرًا كَبِيرًا ؛ لأنَّه يَدخُلُ فيه هِبَةُ مالِه ، وطَلاقُ نِسائِه ، وإعْتاقُ رَقِيقِه ، وتَزَوُّجُ نِساءٍ كَثِيرٍ ، وتَلْزَمُه المُهُورُ الكَثِيرَةُ ، والأَثْمانُ(١) العَظِيمةُ ، فيَعْظُمُ الضَّرَرُ .

الإنصاف فى بَيْعٍ فاسِدٍ ، فباعَ بَيْعًا صحيحًا ، لم يصِحَّ ، قطَع به الأصحابُ . وإنْ وَكَّلَه فى كلِّ قَليلٍ وكثيرٍ ، لم يصِحَّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، كما قطَع به المُصَنِّفُ هنا ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، وقطَع به أكثرُهم . وقال فى « النِّهايةِ » : لم يصِحَّ باتِّفاقِ الأصحابِ . وقيل : يصِحُّ ، كما لو وَكَّلَه فى بَيْعِ مالِه كلِّه ، أوِ المُطالَبَةِ بحُقوقِه كلِّها ، أوِ الإِبْراءِ منها ، أو بما شاءَ منها .

---

(١) فى ق ، م : « الأيمان » .

المقنع

وَإِنْ وَكَّلَهُ فِى بَيْعِ مَالِهِ كُلِّهِ ، صَحَّ . وَإِنْ قَالَ : اشْتَرِ لِى مَا شِئْتَ . أَوْ : عَبْدًا بِمَا شِئْتَ . لَمْ يَصِحَّ حَتَّى يَذْكُرَ النَّوْعَ وَقَدْرَ الثَّمَنِ . وَعَنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يَصِحُّ .

الشرح الكبير

٢٠٢١ – مسألة : (وإن وكَّله فى بَيْعِ مالِه كلِّه ، صَحَّ) لأنَّه يَعْرِفُ مالَه ، فيَعْرِفُ أقْصَي ما يَبِيعُ ، فيَقِلُّ الغَرَرُ . وكذلك لو وَكَّله فى بَيْعِ ما شاء مِن مالِه ، أو قَبْضِ دُيُونِه ، أو الإِبْراءِ منها ، أو ما شاء منها ، صَحَّ ؛ لأنَّه يَعْرِفُ دَيْنَه ، فيَعْرِفُ ما يَقْبِضُ ، فيَقِلُّ الغَرَرُ .

٢٠٢٢ – مسألة : (وإن قال : اشْتَرِ لى ما شِئْتَ . أو : عَبْدًا بما شِئْتَ . لم يَصِحَّ) (١ذكَرَه أبو الخَطَّابِ١) (حتى يَذْكُرَ النَّوْعَ وقَدْرَ الثَّمَنِ . وعنه ما يَدُلُّ على أنَّه يَصِحُّ) وذكره أبو الخطّابِ أيضًا[٢] ؛ لأنَّ

الإنصاف

قوله : وإنْ قالَ : اشْتَرِ لى ما شِئْتَ ، أو عَبْدًا بما شِئْتَ . لم يَصِحَّ حتى يَذْكُرَ النَّوْعَ وقَدْرَ الثَّمَنِ . هذا إحْدَى الرِّوايتَيْن . وهو المذهبُ . اخْتارَه القاضى وغيرُه . قالَه فى « التَّلْخيصِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : هذا المذهبُ . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفائقِ » . وعنه ، ما يدُلُّ على أنَّه الأصَحُّ . قال أبو الخَطَّابِ : ويَحْتَمِلُ أنْ يجوزَ ، على ما قالَه أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، فى رَجُلَيْن ، قال كلُّ واحدٍ منهما لصاحبِه : ما اشْتَرَيْتَ مِن شئٍ ، فهو بَيْنِى وبيْنَك . إنَّه جائزٌ ، وأعْجَبَه ، وقال : هذا توْكِيلٌ

(١ – ١) سقط من : الأصل ، م .

(٢) سقط من : الأصل ، م .

الشرح الكبير

ما يُمْكِنُ شِراؤُه يَكْثُرُ ، فيَكْثُرُ فيه الغَرَرُ . وإن قَدَّرَ له أكْثَرَ الثَّمَنِ وأقَلَّه ، صَحَّ ؛ لأنَّه يَقِلُّ الغَرَرُ . وقال القاضى : إذا ذَكَر النَّوْعَ لم يَحْتَجْ إلى ذِكْرِ الثَّمَنِ ؛ لأنه أذِنَ[1] فى أعْلاه . وعنه ما يَدُلُّ على أنَّه يَصِحُّ . فإنَّه قد رُوِىَ عنه ، فى مَن قال : ما اشْتَرَيْتَ مِن شىءٍ فهو بيننا . أنَّ هذا جائِزٌ ، وأعْجَبَه . وهذا تَوْكِيلٌ فى شِراءِ كلِّ شىءٍ ، ولأنَّه إذْنٌ فى التَّصَرُّفِ ، فجاز مِن غيرِ تَعْيينٍ ، كالإِذْنِ فى التِّجارَةِ .

فصل : قد ذَكَرْنا أنَّه إذا قال : بِعْ ما شِئْتَ مِن مالِى . أنَّه يَصِحُّ . وقال أصحابُ الشافعىِّ : إذا قال : بِعْ ما شِئْتَ مِن مالِى . لم يَجُزْ . وإن قال : بِعْ ما شِئْتَ مِن عَبِيدى . جاز ؛ لأنَّه مَحْصُورٌ بالجِنْسِ . ولَنا ، أنَّ ما جاز التَّوْكِيلُ فى جَمِيعِه ، جاز التَّوْكِيلُ فى بَعْضِه ، كعَبِيدِه[2] . وإن قال : اشْتَرِ لى عَبْدًا تُرْكِيًّا . أو : ثَوْبًا هَرَوِيًّا[3] . صَحَّ . وكذلك إن قال : اشْتَرِ لى عَبْدًا . أو : ثَوْبًا . ولم يَذْكُرْ جِنْسَه ، صَحَّ أيضًا . وقال أبو الخَطَّاب : لا يَصِحُّ . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ . ولَنا ، أنه إذا[4] ذَكَرَ

الإنصاف

فى كلِّ شىءٍ . وكذا قال ابنُ أبِى مُوسى : إذا أطْلَقَ وَكالَتَه ، جازَ تَصَرُّفُه فى سائرِ حُقوقِه ، وجازَ بَيْعُه عليه ، وابْتِياعُه له ، وكانَ خَصْمًا فيما يَدَّعِيه لمُوَكِّلِه ، ويُدَّعَىَ

---

(1) فى الأصل : « ذكر » .

(2) سقط من : م .

(3) فى م : « صرويا » .

(4) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ وَكَّلَهُ فِى الْخُصُومَةِ ، لَمْ يَكُنْ وَكِيلًا فِى الْقَبْضِ .

الشرح الكبير

نَوْعًا فقد أذِنَ فى أعْلاه ثَمَنًا ، فيَقِلُّ الغَرَرُ ، ولأنَّ تَقْدِيرَ الثَّمن يَضُرُّ به ، فإنَّه قد لا يَجِدُ بقَدْرِ الثَّمَنِ ، ومَن اعْتَبَر ذِكْرَ الثَّمَنِ ، جَوَّزَ أن يَذْكُرَ له أكْثَرَ الثَّمَنِ وأقَلَّه ، وقد ذَكَرْناه .

٢٠٢٣ – مسألة : (وإن وَكَّلَه فى الخُصُومَةِ ، لم يكنْ وَكِيلًا فى القَبْضِ) وبه قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَمْلِكُ قَبْضَه ؛ لأنَّ المَقْصُودَ مِن التَّثَبُّتِ قَبْضُه و[1] تَحْصِيلُه . ولَنا ، أنَّ القَبْضَ لم يَتَناوَلْه الإِذْنُ نُطْقًا ولا عُرْفًا ؛ لأنَّه قد يَرْضَى للخُصُومَةِ مَن[2] لا يَرْضاه للقَبْضِ .

الإنصاف

عليه ، بعدَ ثُبوتِ وَكالَتِه منه . انتهى . وقيل : يَكْفِى ذِكْرُ النَّوْعِ فقط . اخْتارَه القاضى . نقَلَه عنه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وأطْلَقَهُنَّ فى « الفُروعِ » . وقال فى « الرِّعايةِ » : وقيل : يَكْفِى ذِكْرُ النَّوْعِ ، أو قَدْرُ الثَّمَنِ .

قوله : وإنْ وَكَّلَه فى الخُصُومَةِ ، لم يَكُنْ وَكِيلًا فى القَبْضِ . ولا الإقْرارِ عليه مُطْلَقًا . نصَّ عليه ، وهذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقَطعُوا به . وقطَع به ابنُ البَنَّا فى « تَعْليقِه » ، أنَّه يكونُ وَكِيلًا فى القَبْضِ ؛ لأنَّه مأْمورٌ بقَطْعِ الخُصومَةِ ، ولا تَنْقَطِعُ إلَّا به . انتهى . قلتُ : الذى يَنْبَغِى ، أنْ يكونَ وَكِيلًا فى القَبْضِ ، إنْ دَلَّتْ عليه قَرِينَةٌ . كما اخْتارَه المُصَنِّفُ ، وجماعَةٌ ، فيما إذا وَكَّلَه فى بَيْعِ شئٍ ، أنَّه لا يَمْلِكُ قَبْضَ ثَمَنِه إلَّا بقَرِينَةٍ .

---

(١) فى م : « أو » .

(٢) فى الأصل « ما » .

المقنع وَإِنْ وَكَّلَهُ فِى الْقَبْضِ ، كَانَ وَكِيلًا فِى الْخُصُومَةِ ، فِى أَحَدِ

الشرح الكبير [١٤٥/٤ و] **فصل** : وإذا وَكَّلَه فى الخُصُومَةِ ، لم يُقْبَلْ إقْرارُه على المُوَكِّلِ بقَبْضِ الحَقِّ ولا غيرِه . وبه قال مالِكٌ ، والشافعىُّ ، وابنُ أبى لَيْلَى . وقال أبو حنيفةَ ، ومحمدٌ : يُقْبَلُ إقْرارُه فى مَجْلِسِ الحُكْمِ ، فيما عَدا الحُدُودَ والقِصاصَ . وقال أبو يُوسُفَ : يُقْبَلُ إقْرارُه فى مَجْلِسِ الحُكْمِ وغيرِه ؛ لأنَّ الإقْرارَ أحَدُ جوابَىِ المُدَّعِى ، فمَلَكَه ، كالإِنْكارِ . ولَنا ، أنَّ الإقْرارَ مَعْنًى[1] يَقْطَعُ الخُصُومَةَ ويُنافِيها ، فلم [2]يَمْلِكْه الوَكِيلُ[2] فيها ، كالإِبْراءِ . وفارَقَ الإِنْكارَ ؛ فإنَّه لا يَقْطَعُ الخُصُومَةَ ، ويَمْلِكُه فى الحُدُودِ والقِصاصِ ، وفى غيرِ مَجْلِسِ الحاكِمِ . ولأنَّ الوَكِيلَ لا يَمْلِكُ الإِنْكارَ على وَجْهٍ يَمْنَعُ المُوَكِّلَ مِن الإقْرارِ ، فلو مَلَكَ الإقْرارَ لامْتَنَعَ على المُوَكِّلِ الإِنْكارُ ، فافْتَرَقا . ولا يَمْلِكُ المُصالَحَةَ على الحَقِّ ، ولا الإِبْراءَ منه ، بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّ[3] الإِذْنَ فى الخُصُومَةِ لا يَقْتَضِى شيئًا مِن ذلك .

٢٠٢٤ – مسألة : (وإن وَكَّلَه فى القَبْضِ ، كان وَكِيلًا فى

الإنصاف قوله : وإنْ وَكَّلَه فى القَبْضِ ، كانَ وَكِيلًا فى الخُصُومَةِ ، فى أَحَدِ الوَجْهَيْن . وهو المذهبُ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « تَصْحيحِ المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهم . وجزَم به فى

(١) سقط من : م .
(٢ – ٢) فى م : « يملك الوكيل الإقرار » .
(٣) فى م : « إلا أن » .

الشرح الكبير

الخُصُومَةِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن) (١وبه١) قال أبو حنيفةَ . والآخَرُ ، ليس له ذلك . وهو أحَدُ الوَجْهَيْن لأصْحابِ الشافعىِّ ؛ لأنَّهما مَعْنَيان مُخْتَلِفان ، فالوَكِيلُ فى أحَدِهما لا يكونُ وَكِيلًا فى الآخَرِ ؛ لأنَّه لم يَتناوَلْه اللَّفْظُ . ووَجْهُ الأوَّلِ ، أنَّه لا يَتَوَصَّلُ إلى القَبْضِ إلَّا بالتَّثْبيتِ ، فكان إذْنًا فيه عُرْفًا ، ولأنَّ القَبْضَ لا يَتِمُّ إلَّا به ، فمَلَكَه ، كما لو وَكَّلَه فى[٢] شِراءِ شىءٍ مَلَك تَسْلِيمَ ثَمَنِه ، أو فى بَيْعِ شىءٍ مَلَك تَسْلِيمَه . ويَحْتَمِلُ أنَّه إن

الإنصاف

« الوَجيزِ » ، و « الهِدايَةِ » . وقدَّمه فى « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » . ومالَ إليه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . والوَجْهُ الثَّانِى ، لا يكونُ وَكِيلًا فى الخُصومَةِ . وأطْلَقهما فى « الكافِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « شَرْحِه » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وقال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » : يَحْتَمِلُ ، إنْ كان المُوَكِّلُ عالِمًا بجَحْدِ[٣] مَن عليه الحَقُّ ، أو مَطْلِه ، كان تَوْكِيلًا[٤] فى تَثْبيتِه والخُصومَةِ فيه ؛ لعِلْمِه بتَوَقُّفِ القَبْضِ عليه ، وإلَّا فلا .

فائدتان ؛ إحْداهما ، أفادَنا المُصَنِّفُ ، رَحِمَه اللهُ ، صِحَّةَ الوَكالَةِ فى الخُصومَةِ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، ونصَّ عليه . لكِنْ قال فى « الفُنونِ » : لا يصِحُّ ممَّن عَلِمَ ظُلْمَ مُوَكِّلِه فى الخُصومَةِ . واقْتَصرَ عليه فى « الفُروعِ » . وهذا ممَّا لا شَكَّ فيه . قال فى « الفُروعِ » : وظاهِرُه يصِحُّ إذا

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى الأصل ، ط : « بحجر » . انظر : المغنى ٧/ ٢١١ .

(٤) فى الأصل ، ط : « وكيلًا » . انظر : المغنى ٧/ ٢١١ .

الشرح الكبير

كان المُوَكِّلُ عالِمًا بجَحْدِ مَن عليه الحَقُّ أو مَطْلِه ، كان تَوْكِيلًا فى تَثْبِيتِه والخُصُومَةِ فيه ؛ لِعِلْمِه بوُقُوفِ القَبْضِ عليه . ولا فَرْقَ بينَ كَوْنِ الحَقِّ عَيْنًا أو دَيْنًا . وقال بعضُ أصحابِ أبى حنيفةَ : إن (1)وَكَّلَه فى قَبْضِ(1) عَيْنٍ ، لم يَمْلِكْ تَثْبِيتَها ؛ لأنه وَكِيلٌ فى نَقْلِها ، أشْبَهَ الوَكِيلَ فى نَقْلِ الزَّوْجةِ . ولَنا ، أنَّه وَكِيلٌ فى قَبْضِ حَقٍّ ، أشْبَهَ الوَكِيلَ فى قَبْضِ الدَّيْنِ ، وبه يَبْطُلُ ما ذَكَرُوه ؛ فإنَّه تَوْكِيلٌ فى قَبْضِه ونَقْلِه إليه .

الإنصاف

لم يَعْلَمْ ظُلْمَه ، فلو ظَنَّ ظُلْمَه ، جازَ . ويَتَوَجَّهُ المَنْعُ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . قال : ومع الشَّكِّ يَتَوَجَّهُ احْتِمالان ، ولعَلَّ الجَوازَ أَوْلَى ، كالظَّنِّ فى عدَمِ ظُلْمِه ؛ فإنَّ الجَوازَ فيه ظاهِرٌ ، وإنْ لم يَجُزِ الحُكْمُ مع الرِّيبَةِ فى البَيِّنَةِ . وقال القاضى ، فى قَوْلِه تعالَى : ﴿ وَلَا تَكُن لِّلْخَآئِنِينَ خَصِيمًا ﴾(2) : يدُلُّ على أنه لا يجوزُ لأحَدٍ أنْ يُخاصِمَ عن غيرِه فى إثْباتِ حقٍّ أو نَفْيِه ، وهو غيرُ عالِمٍ بحَقِيقَةِ أمْرِه . وكذا قال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، والشَّارِحُ ، فى الصُّلْحِ عنِ المُنْكِرِ : يُشْتَرَطُ أنْ يَعْلَمَ صِدْقَ المُدَّعِى ، فلا تَحِلُّ دَعْوَى ما لا يَعْلَمُ ثُبوتَه . الثَّانيةُ [٢/١٥٣ظ] ، له إثْباتُ وَكالَتِه مع غَيْبَةِ مُوَكِّلِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وقيل : ليس له ذلك . ويأْتِى ، فى بابِ أقْسامِ المَشْهودِ به ، ما تَثْبُتُ به الوَكالَةُ ، والخِلافُ فيه . وإنْ قال له : أَجِبْ عَنِّى خَصْمِى . احْتَمَلَ أنَّها كالخُصومَةِ ، واحْتَمَلَ بُطْلانُها . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » . قلتُ : الصَّوابُ الرُّجوعُ فى ذلك إلى القَرائنِ ، فإنْ لم تدُلَّ قَرِينَةٌ ، فهو إلى الخُصومَةِ أقْرَبُ .

(١ - ١) فى م : « وكل فى بيع » .

(٢) سورة النساء ١٠٥ .

المقنع

وَإِنْ وَكَّلَهُ فِى قَبْضِ الْحَقِّ مِنْ إِنْسَانٍ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ قَبْضُهُ مِنْ وَارِثِهِ . وَإِنْ قَالَ : اقْبِضْ حَقِّىَ الَّذِى قِبَلَهُ . فَلَهُ الْقَبْضُ مِنْ وَارِثِهِ . وَإِنْ قَالَ : اقْبِضْهُ الْيَوْمَ . لَمْ يَمْلِكْ قَبْضَهُ غَدًا [١٢٢و] .

الشرح الكبير

٢٠٢٥ – مسألة : (وإن وَكَّلَه فى قَبْضِ الحَقِّ مِن إنْسانٍ ، لم يكنْ له قَبْضُه مِن وارِثِه . وإن قال : اقْبِضْ حَقِّى الذى قِبَلَه . فله القَبْضُ مِن وارِثِه) إذا وَكَّلَه فى قَبْضِ دَيْنٍ مِن رجلٍ ، فمات ، نَظَرْتَ فى لَفْظِه ؛ فإن قال : اقْبِضْ حَقِّى مِن فُلانٍ . لم يَكُنْ له قَبْضُه مِن وارِثِه ؛ لأنَّه لم يُؤْمَرْ بذلك ، ولا يَقْتَضِيه العُرْفُ ؛ لأنَّه قد يَرْضَى[1] بقاءَ الحَقِّ عندَهم دُونَه . وإن قال : اقْبِضْ حَقِّى الذى قِبَلَه . أو : عليه . فله مُطالَبَةُ وارِثِه ، والقَبْضُ منه ؛ لأنَّ قَبْضَه مِن الوارِثِ قَبْضٌ للحَقِّ الذى على مَوْرُوثِه . فإن قِيلَ : فلو قال : اقْبِضْ حَقِّى مِن زيدٍ . فوَكَّلَ زَيدٌ إنْسانًا فى الدَّفْعِ [٤/١٤٥ ظ] إليه ، كان له القَبْضُ منه[2] ، والوارِثُ نائِبُ المَوْرُوثِ ، فهو كالوَكِيلِ . قُلْنا : الوَكِيلُ إذا دَفَع عنه بإذْنِه ، جَرَى مَجْرَى تَسْلِيمِه ؛ لأنَّه أقامَهُ مُقامَ نَفْسِه ، وليس كذلك هٰهُنا ، فإنَّ الحَقَّ انْتَقَل إلى الوَرَثَةِ واسْتَحَقَّتِ المُطالَبَةُ عليهم ، لا بطَرِيقِ النِّيابَةِ عن المَوْرُوثِ ، ولهذا لو حَلَف لا يَفْعَلُ شيئًا ، حَنِث بفِعْلِ وَكِيلِه دُونَ وارِثِه .

٢٠٢٦ – مسألة : (وإن وَكَّلَه فى قَبْضِه اليَوْمَ ، لم يكنْ له قَبْضُه غدًا) لأنَّه قد يَخْتَصُّ غَرَضُه به فى زَمَنِ حاجَتِه إليه .

الإنصاف

....

---

(١) فى م : « يرى » .

(٢) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ وَكَّلَهُ فِى الْإِيدَاعِ ، فَأَوْدَعَ وَلَمْ يُشْهِدْ ، لَمْ يَضْمَنْ . وَإِنْ وَكَّلَهُ فِى قَضَاءِ دَيْنٍ ، فَقَضَاهُ وَلَمْ يُشْهِدْ ، وَأَنْكَرَهُ الْغَرِيمُ ، ضَمِنَ ، إِلَّا أَنْ يَقْضِيَهُ بِحَضْرَةِ الْمُوَكِّلِ .

الشرح الكبير

٢٠٢٧ – مسألة : (وإن وَكَّلَه فى الإيداعِ ، فأوْدَعَ ولم يُشْهِدْ ، لم يَضْمَنْ) إذا أنْكرَ المُودَعُ . كذلك ذَكَرَه أصحابُنا . وعُمُومُ كلامِ الخِرَقِىِّ يَقْتَضِى أن لا يُقْبَلَ قَوْلُه على الآمِرِ[1] . وهو أحَدُ الوَجْهَيْن لأصْحابِ الشافعىِّ ؛ لأنَّ الوَدِيعَةَ لا تَثْبُتُ إلَّا ببَيِّنَةٍ ، فهو كما لو وَكَّلَه فى قَضاءِ الدَّيْنِ . وقال أصحابُنا : لا يَصِحُّ القِياسُ ؛ لأنَّ قولَ المُودَعِ يُقْبَلُ فى الرَّدِّ والهَلاكِ ، فلا فائِدَةَ فى الاسْتِيثاقِ ؛ بخِلافِ قَضاءِ الدَّيْنِ . فإن قال الوَكِيلُ : دَفَعْتُ المالَ إلى المُودَعِ . فقال : لم تَدْفَعْه . فالقولُ قولُ الوَكِيلِ ؛ لأنَّهما اخْتَلَفا فى تَصَرُّفِه فيما وُكِّلَ فيه ، فكان القولُ قَوْلَه فيه .

٢٠٢٨ – مسألة : (وإن وَكَّلَه فى قَضاءِ دَيْنٍ ، فقَضَاه ولم يُشْهِدْ ، وأنْكَرَ الغَرِيمُ ، ضَمِن ، إلَّا أن يَقْضِيَه بحَضْرَةِ المُوَكِّلِ) إذا وَكَّلَ رَجلًا

الإنصاف

قوله : وإنْ وَكَّلَه فى الإيداعِ ، فأوْدَعَ ، ولم يُشْهِدْ ، لم يَضْمَنْ . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الهِدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : ذكَرَه أصحابُنا . قال فى « الفُروعِ » : لم يصِحَّ فى الأصحِّ . وقيل : يَضْمَنُ . وذكَرَه القاضى رِوايَةً .

قوله : وإنْ وَكَّلَه فى قَضاءِ دَيْنٍ ، فقَضاه ولم يُشْهِدْ ، وأنْكَرَ الغَرِيمُ ، ضَمِنَ .

---

(١) فى م : « الآخر » .

الشرح الكبير

فى قَضاءِ دَيْنِه ، ودَفَع إليه مالًا لِيَدْفَعه إليه ، فادَّعَى الوَكِيلُ قَضاءَ الدَّيْنِ ودَفْعَ المالِ إلى الغَرِيمِ ، لم يُقْبَلْ قَوْلُه على الغَرِيمِ إلَّا ببَيِّنةٍ ؛ لأنَّه ليس بأمِينِه ، فلم يُقْبَلْ قَوْلُه عليه فى ذلك ، كما لو ادَّعاه المُوَكِّلُ . فإذا حَلَف الغَرِيمُ ، فله مُطالَبَةُ المُوَكِّلِ ؛ لأنَّ ذِمَّتَه لا تَبْرَأُ بدَفْعِ المالِ إلى وَكِيلِه . وهل للمُوَكِّلِ الرُّجُوعُ على وَكِيلِه ؟ يُنْظَرُ ؛ فإن كان قَضاه بغيرِ بَيِّنةٍ ، فللمُوَكِّلِ الرُّجُوعُ عليه إذا قَضاه فى غَيْبَتِه . قال القاضى : سَواءٌ صَدَّقَه أو كَذَّبَه . وهذا قولُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه إذْنٌ له[1] فى القَضاءِ يُبْرِئُه[2] ، ولم يُوجَدْ . وعن أحمدَ ، أنَّه لا يَرْجِعُ عليه بشىءٍ ، إلَّا أن يكونَ أمَرَه بالإِشْهادِ فلم يَفْعَلْ . فعلى هذه الرِّوايَةِ ، إن صَدَّقَه المُوَكِّلُ فى الدَّفْعِ ، لم يَرْجِعْ عليه بشىءٍ ، وإن كَذَّبَه ، فالقولُ قولُ الوَكِيلِ مع يَمِينِه . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، ووَجْهٌ لأصحابِ الشافعىِّ ؛ لأنَّه ادَّعَى فِعْلَ ما أمَرَه به مُوَكِّلُه ، فكان القولُ قَوْلَه ، كما لو أمَرَه ببَيْعِ ثَوْبِه ، فادَّعَى بَيْعَه . ووَجْهُ الأوَّلِ ، أنَّه مُفَرِّطٌ بتَرْكِ الإِشْهادِ ، فضَمِن ، كما لو فَرَّطَ فى البَيْعِ بدُون ثَمَنِ المِثْلِ . فإن قِيلَ : فلَمْ يأْمُرْه بالإِشْهادِ ؟ قُلْنا : إطْلاقُ الأمْرِ بالقَضاءِ يَقْتَضِى ذلك ؛ لأنَّه لا يَثْبُتُ إلَّا به ، فيَصِيرُ كأمْرِه بالبَيْعِ والشِّراءِ ، يَقْتَضى ذلك العُرْفُ لا

الإنصاف

هذا المذهبُ بشَرْطِه ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، كما لو أمَرَه بالإِشْهادِ فلم يَفْعَلْ . قال فى « التَّلْخيصِ » : ضَمِنَ ، فى أصحِّ الرِّوايتَيْن . وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « يبرأ به » .

الشرح الكبير

العُمُومُ . كذا هـٰهُنا . وقِياسُ القولِ الآخَرِ يُمْكِنُ القولُ بمُوجِبه ، وأنَّ قَوْلَه مَقْبُولٌ فى القَضاءِ ، وإنَّما لَزِمَه الضَّمانُ لتفْرِيطِه ، لا لرَدِّ قَوْلِه . وعلى هذا ، لو كان القَضاءُ بحَضْرةِ المُوَكِّلِ ، لم يَضْمَنِ الوَكِيلُ ؛ لأنَّ تَرْكَه الاحْتِياطَ والإِشْهادَ رَضًا منه بما فَعَلَ وَكِيلُه . وكذلك لو أذِنَ له فى القَضاءِ بغيرِ إشْهادٍ ، فلا ضَمانَ عليه ؛ لأنَّ صَرِيحَ قَوْلِه يُقَدَّمُ على ما تَقْتَضِيه دَلالةُ الحالِ . وكذلك إن أشْهَدَ على القَضاءِ عُدُولًا فماتُوا أو غابُوا ، فلا ضَمانَ

الإنصاف

« الوَجيزِ » ، و « الخِرَقِىِّ » ، وجزَم به فى « العُمْدَةِ » وغيرِها . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، وقال : هذا المذهبُ . وقال القاضى وغيرُه مِنَ الأصحابِ : وسواءٌ صدَّقَه المُوَكِّلُ أو كذَّبَه . وعنه ، لا يَضْمَنُ ، سواءٌ أمْكَنَه الإشْهادُ ، (١أوْ لا . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ . وقيل : يَضْمَنُ إنْ أمْكَنَه الإشْهادُ١) ولم يُشْهِدْ ، وإلَّا فلا . وقال فى « الفُروعِ » : ويتَوَجَّهُ احْتِمالٌ ، يَضْمَنُه إنْ كذَّبَه المُوَكِّلُ ، وإلَّا فلا . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهذا مُقْتَضَى كلامِ الخِرَقِىِّ .

قوله : إلَّا أنْ يَقْضِيَه بحَضْرَةِ المُوَكِّلِ . يعْنِى ، أنَّه إذا قَضاه بحَضْرَةِ المُوَكِّلِ ، مِن غيرِ إشْهادٍ ، لا يَضْمَنُ . وهذا المذهبُ . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِيَيْن » ، وغيرِهم . قال فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » ، و « الفُروعِ » : لم يَضْمَنْ فى الأصحِّ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا الصَّحيحُ . وقيل : يَضْمَنُ ؛ اعْتِمادًا على أنَّ السَّاكِتَ لا يُنْسَبُ

(١ - ١) سقط من : الأصل ، ط .

المقنع

فَصْلٌ : وَالْوَكِيلُ أَمِينٌ ، لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيمَا تَلِفَ فِي يَدِهِ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ فِي الْهَلَاكِ وَنَفْيِ التَّفْرِيطِ .

الشرح الكبير

(١على الوَكِيلِ١) لعَدَمِ تَفْرِيطِه . وإنْ أشْهَد مَن يُخْتَلَفُ فى ثُبوتِ الحقِّ بشَهادَتِه ، كشاهِدٍ واحدٍ ، أو رجلًا وامْرَأتَيْن ، فهل يَبْرَأُ مِن الضَّمانِ ؟ يُخَرَّجُ على رِوايَتَيْن . فإنِ اخْتَلَفَ الوَكِيلُ والمُوَكِّلُ ، فقال : قَضَيْتُ الدَّيْنَ بحَضْرَتِك . فأنْكَرَ المُوَكِّلُ ذلك ، أو قال : أذِنْتَ لى فى قَضائِه بغيرِ بَيِّنَةٍ . فأنْكَرَ المُوَكِّلُ ، أو قال : أَشْهَدْتُ على القَضاءِ شُهُودًا فماتُوا . فأنْكَرَ المُوَكِّلُ ، فالقَوْلُ قَوْلُه ؛ لأنَّ الأصْلَ معه .

فصل : قال المُصنِّفُ ، رَحِمَه اللهُ : (والوَكيلُ أمِينٌ ، لا ضَمانَ عليه فيما تَلِف فى يَدِه بغيرِ تَفْرِيطٍ) سَواءٌ كان بجُعْلٍ أو لا ؛ لأنَّه أمِينٌ ، أشْبَهَ المُودَعَ . ومتى اخْتَلَفا فى تعَدِّى الوَكِيلِ ، أو تَفْرِيطِه فى الحِفْظِ ، أو

الإنصاف

إليه قَوْلٌ . وتقدَّم نَظِيرُ هذه المَسْأَلَةِ فيما إذا قضَى الضَّامِنُ الدَّيْنَ ، وتقدَّم هناك ، إذا أشْهَدا ، وماتَ الشُّهودُ ، ونحوُ ذلك . والحُكْمُ هنا كذلك . وتقدَّم أيضًا فى الرَّهْنِ ، فيما إذا قَضَى العَدْلُ المُرْتَهِنَ . وتقدَّم أيضًا فى الرَّهْنِ ، مَن طُلِبَ منه الرَّدُّ ، وقُبِلَ قَوْلُه ، هل له التَّأْخيرُ ليُشْهِدَ ، أم لا ؟ وما يتَعلَّقُ بذلك ، عندَ قوْلِه : إذا اخْتَلَفا فى رَدِّ الرَّهْنِ . والأصحابُ يذْكُرون المَسْأَلَةَ هنا .

قوله : والوَكِيلُ أمِينٌ ، لا ضَمانَ عليه فيما يَتْلَفُ فى يَدِه بغيرِ تَفْريطٍ ، والقَوْلُ قَوْلُه مع يَمينه فى الهَلاكِ ونَفْىِ التَّفْرِيطِ . هذا المذهبُ مُطْلَقًا ، وعليه الأصحابُ

(١ - ١) فى م : « عليه » .

الشرح الكبير

مُخالَفَتِه أمْرَ مُوَكِّلِه ، مثلَ أن يَدَّعِيَ عليه[1] أنَّك حَمَلْتَ على الدّابَّةِ فوقَ طاقَتِها ، أو حَمَلْتَ عليها شيئًا لنَفْسِك ، أو فَرَّطْتَ فى حِفْظِها . أو لَبِسْتَ الثَّوْبَ ، أو أمَرْتُك برَدِّ المالِ فلم تَفْعَلْ ، ونحوَ ذلك ، فالقولُ قولُ الوَكِيلِ مع يَمِينِه ؛ لأنَّه أمِينٌ ، وهذا ممّا يَتعذَّرُ إقامَةُ البَيِّنَةِ عليه ، فلا يُكَلَّفُ ذلك ، كالمُودَعِ . ولأنَّه مُنْكِرٌ لِما يُدَّعَى عليه ، والقولُ قولُ المُنْكِرِ . وكذلك إنِ ادَّعَى الوَكِيلُ التَّلَفَ فأنْكَرَ المُوَكِّلُ ، فالقولُ قولُ الوَكِيلِ مع يَمِينِه ؛ لِما ذَكَرْنا . وهكذا حُكْمُ كلِّ[2] مَن كان فى يَدِه شىءٌ لغيرِه على سَبِيلِ الأمانَةِ ، كالأبِ ، والوَصِىِّ ، وأمينِ الحاكِمِ ، والشَّرِيكِ ، والمُضارِبِ ، والمُرْتَهِنِ ، والمُسْتَأْجِرِ ؛ لأنَّه لو كُلِّفَ ذلك مع تَعَذُّرِه عليه[3] ، لامْتَنَعَ النّاسُ مِن الدُّخُولِ فى الأماناتِ مع دَعْوَى الحاجَةِ إليها ، وذلك ضَرَرٌ . وقال القاضى : إلَّا أن يَدَّعِىَ تَلَفَها بأمْرٍ ظاهِرٍ ، كالحَرِيقِ والنَّهْبِ ، فعليه إقامَةُ البَيِّنَةِ على وُجُودِ هذا الأمْرِ فى تلك النّاحِيَةِ ، ثم يكونُ القولُ قَوْلَه فى تلَفِها به . وهذا قولُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ وُجُودَ الأمْرِ الظّاهِرِ

الإنصاف

فى الجُمْلَةِ . قال القاضى : إلَّا أنْ يَدَّعِىَ تلَفًا بأمْرٍ ظاهِرٍ ؛ كالحَرِيقِ والنَّهْبِ ، ونحوِهما ، فعليه إقامَةُ البَيِّنَةِ على وُجودِ ذلك فى تلك النَّاحِيَةِ ، ثم يكونُ القَوْلُ قَوْلَه فى تَلَفِها به . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الفائقِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، وغيرُهم مِنَ الأصحابِ . قال فى « الفُروعِ » : ويُقْبَلُ قَوْلُه فى

---

(1) سقط من : م .

(2) سقط من : م .

(3) سقط من : م .

المقنع وَلَوْ قَالَ : بِعْتُ الثَّوْبَ ، وَقَبَضْتُ الثَّمَنَ ، فَتَلِفَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ .

الشرح الكبير

مِمّا لا يَخْفَى ، فلا يتعَذَّرُ إقامةُ البَيِّنَةِ عليه . ومتى ثَبَتَ التَّلَفُ فى يَدِه مِن غيرِ تَعَدِّيه ؛ إمّا لقَبُولِ قَوْلِه ، أو بإقْرارِ مُوَكِّلِه أو بَيِّنَةٍ[1] ، فلا ضَمانَ عليه ، سَواءٌ تَلِف المَتاعُ الذى أُمِر ببَيْعِه ، أو باعَه وقَبَض ثَمَنَه فتَلِفَ الثَّمَنُ ، سواءٌ كان بجُعْلٍ أو غيرِه ؛ لأنَّه [٤/١٤٦ ظ] نائِبُ المالِكِ فى اليَدِ والتَّصَرُّفِ ، فالهَلاكُ فى يَدِه كالهَلاكِ فى يَدِ المالِكِ ، وجَرَى مَجْرَى المُودَعِ والمُضارِبِ وشِبْهِهما . فإن تَعَدَّى أو فَرَّطَ ، ضَمِن . وكذلك سائِرُ الأُمَناءِ . ولو باع الوَكِيلُ سِلْعَةً وقَبَض ثَمَنَها ، فتَلِفَ فى يَدِه مِن غيرِ تَعَدٍّ ، واسْتُحِقَّ المَبِيعُ ، رَجَع المُشْتَرِى بالثَّمَنِ على المُوَكِّلِ دُونَ الوَكِيلِ ؛ لأنَّ المَبِيعَ له ، فالرُّجُوعُ بالعُهْدَةِ عليه ، كما لو باع بنَفْسِه .

٢٠٢٩ - مسألة : (ولو قال : بِعْتُ الثَّوْبَ ، وقَبَضْتُ الثَّمَنَ فتَلِفَ . فالقولُ قَوْلُه) إذا اخْتَلَفَ الوَكِيلُ والمُوَكِّلُ فى التَّصَرُّفِ ، فيقولُ

الإنصاف

التَّلَفِ ، وكذا إنِ ادَّعاه بحادِثٍ ظاهرٍ ، وشَهِدَتْ بَيِّنَةٌ بالحادِثِ ، قُبِلَ قَوْلُه مع يَمِينِه . وفى اليَمِينِ رِوايَةٌ ، إذا أثْبَتَ الحادِثَ الظَّاهِرَ ، ولو باسْتِفاضَةٍ ، أنَّه لا يَحْلِفُ . ويأْتِى نَظِيرُ ذلك فى الوَدِيعَةِ[2] .

قوله : ولو قالَ : بِعْتُ الثَّوْبَ ، وقَبَضْتُ الثَّمَنَ ، فتَلِفَ . فالقَوْلُ قَوْلُه . هذا المذهبُ . اخْتارَه ابنُ حامِدٍ . قال فى « الفائقِ » : قُبِلَ قَوْلُه فى أصحِّ الوَجْهَيْن .

---

(١) فى م : « تبينه » .

(٢) فى الأصل : « الرد بعينه » ، وفى ا : « الرد بعيبه » . وسيأتى ذلك فى ، كتاب الوديعة .

الشرح الكبير

الوَكِيلُ : بِعْتُ الثَّوْبَ ، وقَبَضْتُ الثَّمَنَ . فيُنْكِرُ المُوَكِّلُ ذلك ، أو يقولُ : بِعْتَ و لم تَقْبِضْ[1] شيئًا . فالقولُ قولُ الوَكِيلِ . ذَكَرَه ابنُ حامدٍ . وهو قولُ أصحابِ الرَّأْيِ ؛ لأنَّه يَمْلِكُ البَيْعَ والقَبْضَ ، فقُبِلَ قَوْلُه فيهما ، كما يُقْبَلُ قولُ وَلِيِّ المرأةِ المُجْبَرةِ على النِّكاحِ فى تَزْوِيجِها . ويَحْتَمِلُ أن لا يُقْبَلَ قَوْلُه . وهو أحَدُ القَوْلَيْن لأصحابِ الشافعيِّ ؛ لأنَّه يُقِرُّ بحَقٍّ لغيرِه على مُوَكِّلِه ، فلم يُقْبَلْ ، كما لو أقَرَّ بدَيْنٍ عليه . فإن وَكَّلَه فى شِراءِ عَبْدٍ ، فاشْتَراه ، واخْتَلَفا فى قَدْرِ ما اشْتَراه به ، فقال : اشْتَرَيْتُه بألْفٍ . قال : بل بخَمْسِمائةٍ . فالقولُ قولُ الوَكِيلِ ؛ لِما ذَكَرْناه . وقال القاضى : القولُ قولُ المُوَكِّلِ ، إلَّا أن يكونَ عَيَّنَ له الشِّراءَ بما ادَّعاه ، فقال : اشْتَرِ

الإنصاف

وجزَم به فى « الهِدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » . قال فى « الرِّعايتَيْن » : قُبِلَ قَوْلُ الوَكِيلِ ، فى الأشْهَرِ . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وقيل : لا يُقْبَلُ قَوْلُه . وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وأطْلَقهما فى « الكافِى » .

فائدة : لو وَكَّلَه فى شِراءِ عَبْدٍ ، فاشْتَراه ، واخْتَلَفا فى قَدْرِ الثَّمَنِ ؛ فقال : اشْتَرَيْتُه بألْفٍ . فقال المُوَكِّلُ : بل بخَمْسِمائَةٍ . فالقَوْلُ قَوْلُ الوَكِيلِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » . وقال القاضى : القَوْلُ قَوْلُ المُوَكِّلِ ، إلَّا أنْ يكونَ عَيَّنَ له الشِّراءَ بما ادَّعاه الوَكِيلُ ، فيكونَ القَوْلُ قوْلَه .

---

(١) فى ر ، ق : « أقبض » .

المقنع

وَإِنِ اخْتَلَفَا فِى رَدِّهِ إِلَى الْمُوَكِّلِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ إِنْ كَانَ مُتَطَوِّعًا . وَإِنْ كَانَ بِجُعْلٍ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

لى عَبْدًا بأَلْفٍ . فادَّعَى الوَكِيلُ أَنَّه اشْتَراه بها ، فالقولُ قولُ الوَكِيلِ إذًا ، وإلَّا فالقولُ قولُ المُوَكِّلِ ؛ لأَنَّ مَن كان القولُ قَوْلَه فى أَصْلِ شىءٍ ، كان القولُ قَوْلَه فى صِفَتِه . وللشافعىِّ قَوْلانِ كهَذَيْنِ الوَجْهَيْن . وقال أبو حنيفةَ : إن كان الشِّراءُ فى الذِّمَّةِ ، فالقولُ قولُ المُوَكِّلِ ؛ لأَنَّه غارِمٌ ، لكَوْنِه مُطالَبًا بالثَّمَنِ ، وإنِ اشْتَرى بعَيْنِ المالِ ، فالقولُ قولُ الوَكِيلِ ؛ لكَوْنِه الغارِمَ ، فإنَّه يُطالِبُه برَدِّ ما زاد على خَمْسِمائةٍ . ولَنا ، أَنَّهما اخْتَلَفا فى تَصَرُّفِ الوَكِيلِ ، فكان القولُ قَوْلَه ، كما لو اخْتَلَفا فى البَيْعِ ، ولأَنَّه وَكِيلٌ فى الشِّراءِ ، فكان القولُ قَوْلَه فى قَدْرِ ثَمَنِ المُشْتَرَى ، كالمُضارِبِ ، وكما لو قال له : اشْتَرِ بأَلْفٍ . عندَ القاضى .

٢٠٣٠ – مسألة : (وإنِ اخْتَلَفا فى رَدِّه إلى المُوَكِّلِ ، فالقولُ قَوْلُه إن كان مُتَطَوِّعًا . وإن كان بجُعْلٍ ، فعلى وَجْهَيْن) إذا اخْتَلَفا فى الرَّدِّ ، فادَّعاه الوَكِيلُ وأنْكَرَه المُوَكِّلُ ، فإن كان بغيرِ جُعْلٍ ، فالقولُ قولُ

الإنصاف

قوله : وإنِ اخْتَلَفا فى رَدِّه إلى المُوَكِّلِ ، فالقَوْلُ قَوْلُه ، إنْ كانَ مُتَطَوِّعًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ ، وقطَع به الأكثرُ . وقيل : لا يُقْبَلُ قَوْلُه إلَّا ببيِّنَةٍ . ذكَرَه فى « الرِّعايةِ » .

وإنْ كانَ بجُعْلٍ ، فعلى وَجْهَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، [٢/ ١٥٤و] و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ،

المقنع وَكَذَلِكَ يُخَرَّجُ فِى الْأَجِيرِ وَالْمُرْتَهِنِ .

الشرح الكبير الوَكِيلِ ؛ لأنَّه قَبَض المالَ لنَفعِ مالِكه ، فكان القولُ قَوْلَه ، كالمُودَعِ . وإن كان بجُعْلٍ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، أنَّ القولَ قَوْلَه ، كالأوَّلِ . والثانى ، لا يُقْبَلُ قولُه ؛ لأنَّه قَبَضَ المالَ لنَفعِ نَفْسِه ، فلم يُقْبَلْ قَوْلُه فى الرَّدِّ ، كالمُسْتَعِيرِ . وسَواءٌ اخْتَلَفا فى رَدِّ العَيْنِ أو رَدِّ ثَمَنِها .

[١٤٧/٤ و] **٢٠٣١** - مسألة : (وكذلك يُخَرَّجُ فى الأجِيرِ والمُرْتَهِنِ) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ الأُمَناءَ على ضَرْبَيْن ؛ أحدُهما ، مَن قَبَض المالَ لنَفعِ مالِكِه لا غيرُ ، كالمُودَعِ والوَكِيلِ بغيرِ جُعْلٍ ، فيُقْبَلُ قَوْلُهم فى الرَّدِّ ؛ لأنَّه لو لم يُقْبَلْ قَوْلُهم لامْتَنَعَ الناسُ مِن قَبُولِ هذه الأماناتِ ، فيَلْحَقُ

الإنصاف و « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « الهادِى » ، و « التَّلْخِيصِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » ، و « الفائقِ » ؛ أحدُهما ، يُقْبَلُ قَوْلُه مع يَمِينِه ، كالوَصِىِّ . نصَّ عليه ، وهو المذهبُ . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « العُمْدَةِ » ، و « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » . واخْتارَه القاضى فى « خِلافِه » ، وابنُه أبو الحُسَيْنِ ، والشَّريفُ أبو جَعْفَرٍ ، وأبو الخَطَّابِ فى « خِلافِه » ، وغيرُهم ، وسواءٌ اخْتَلَفا فى رَدِّ العَيْنِ أو ردِّ ثَمَنِها . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يُقْبَلُ قَوْلُه إلَّا ببَيِّنَةٍ . اخْتارَه ابنُ حامِدٍ ، وابنُ أبِى مُوسى ، والقاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ ، وغيرُهم .

قوله : وكذلك يُخَرَّجُ فى الأجِيرِ والمُرْتَهِنِ . وكذا قال فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم . قال فى « الفائقِ » : والوَجْهان فى الأجِيرِ والمُرْتَهِنِ . انتهى . وكذا المُسْتَأْجِرُ ، والشَّريكُ ، والمُضارِبُ ، والمُودِعُ ، ونحوُهم . قالَه فى « الرِّعايةِ » وغيرِها .

الشرح الكبير

النّاسَ الضَّرَرُ . الثاني ، مَن[1] يَنْتَفِعُ بقَبْضِ الأمانَةِ ، كالوَكِيلِ بجُعْلٍ ، والمُضارِبِ ، والأجيرِ المُشْتَرِكِ ، والمُسْتَأْجِرِ ، والمُرْتَهِنِ ، ففيهم وَجْهان . ذَكَرَهما أبو الخَطَّابِ ؛ أحَدُهما ، لا يُقْبَلُ قولُ[2] المُرْتَهِنِ [3]والمُسْتَأْجِرِ[3] والمُضارِبِ فى الرَّدِّ ؛ لأنَّ أحمدَ نَصَّ عليه فى المُضارِبِ ، فى رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ ، ولأنَّ مَن قَبَضَ المالَ لنَفعِ نَفْسِه ، لا يُقْبَلُ قَوْلُه فى الرَّدِّ ، كالمُسْتَعِيرِ . ولو أنْكَرَ الوَكِيلُ قَبْضَ المالِ ، ثم ثَبَت ذلك ببَيِّنَةٍ أو اعْتِرافٍ ، فادَّعَى الرَّدَّ أو التَّلَفَ ، لم يُقْبَلْ قَوْلُه ؛ لأنَّ جنايَتَه قد ثَبَتَتْ بجَحْدِه . فإن أقام بَيِّنَةً بما ادَّعاه مِن الرَّدِّ أو التَّلَفِ ، لم تُقْبَلْ بَيِّنَتُه فى أحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّه كَذَّبَها بجَحْدِه ، فإنَّ قَوْلَه : ما[4] قَبَضْتُ . يَتَضَمَّنُ أنَّه لم يَرُدَّ شيئًا . والثاني ، يُقْبَلُ ؛ لأنَّه يَدَّعِى الرَّدَّ والتَّلَفَ قبلَ وُجُودِ خِيانَتِه ،

الإنصاف

وتقدَّم فى كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّ القَوْلَ قوْلُ الرَّاهِنِ إذا ادَّعَى المُرْتَهِنُ ردَّه ، وأنَّه المذهبُ . وتقدَّم فى البابِ الذى قبلَه ، أنَّ القَوْلَ قوْلُ الوَلِىِّ فى دَفْعِ المالِ إلى المُوَلَّى عليه ، على الصَّحيحِ . ويأْتِى فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى المُضارَبَةِ ، أنَّ القَوْلَ قولُ رَبِّ المالِ فى رَدِّ المالِ إليه ، ويأْتِى الخِلافُ فيه . ويأْتِى فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى بابِ الوَدِيعَةِ ، أنَّ القَوْلَ قولُ المُودِعِ فى الرَّدِّ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ .

فائدة : لو ادَّعَى الرَّدَّ إلى غيرِ مَنِ ائْتَمَنَه بإذْنِ المُوَكِّلِ ، قُبِلَ قَوْلُ الوَكِيلِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه . واخْتارَه أبو الحَسَنِ التَّمِيمِىُّ ، قالَه فى

---

(1) سقط من : م .
(2) سقط من : الأصل .
(3 - 3) سقط من : م .
(4) سقط من : م .

المقنع وَإِنْ قَالَ : أَذِنْتَ لِى فِى الْبَيْعِ نَسَاءً ، وَفِى الشِّرَاءِ بِخَمْسَةٍ . فَأَنْكَرَهُ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير فإن كان جُحُودُه أنك لا[1] تَسْتَحِقُّ عَلَىَّ شيئًا ، أو ما لَكَ عندِى شىءٌ ، سُمِع قَوْلُه مع يَمِينِه ؛ لأنَّ جوابَه لا يُكَذِّبُ ذلك ، فإنَّه إذا كان قد تَلِف أو رُدَّ ، فليس له عندَه شىءٌ ، فلا تَنافِىَ بينَ القَوْلَيْن ، إلَّا أن يَدَّعِىَ أنَّه رَدَّه أو تَلِف بعدَ قَوْلِه : ما لَكَ عندِى شىءٌ . فلا يُسْمَعُ قَوْلُه ؛ لثُبُوتِ كَذِبِه وخِيانَتِه .

٢٠٣٢ – مسألة : (فإن قال : أذِنْتَ لى فى البَيْعِ نَساءً ، وفى الشِّراءِ بخَمْسةٍ . فأنْكَرَه ، فعلى وَجْهَيْن) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّهما متى اخْتَلَفا فى صِفَةِ الوَكالَةِ ، فقال : وَكَّلْتُك فى بَيْعِ هذا العَبْدِ . قال : بل فى بَيْعِ هذه

الإنصاف « القاعِدَةِ الرَّابِعَةِ والأَرْبَعِين » . وقيل : لا يُقبَلُ قوْلُه . فقِيلَ : لتَفْريطِه بتَرْكِ الإشْهادِ على المَدْفُوعِ إليه ، فلو صدَّقَه الآمِرُ على الدَّفْعِ ، لم يَسْقُطِ الضَّمانُ . وقيل : بل لأنَّه ليس أمِينًا للمَأْمورِ بالدَّفْعِ إليه ، فلا يُقْبَلُ قوْلُه فى الرَّدِّ إليه ، كالأَجْنَبِىِّ . وكلٌّ مِنَ الأقْوالِ الثَّلاثَةِ قد نُسِبَ إلى الخِرَقِىِّ . هذا كلامُه فى « القواعِدِ » . وقال فى « الفُروعِ » : فلا يُقْبَلُ قَوْلُه فى دَفْعِ المالِ إلى غيرِ رَبِّه ، وإطْلاقُهم ، ولا فى صَرْفِه فى وُجوهٍ عُيِّنَتْ له مِن أُجْرَةٍ لَزِمَتْه . وذكَرَه الآدَمِىُّ البَغْدادِىُّ . انتهى . وجزَم به فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » ، أنَّه لا يُقبَلُ قَوْلُ كلِّ مَن ادَّعَى الرَّدَّ إلى غيرِ مَن ائْتَمَنَه .

قوله : وإنْ قال : أَذِنْتَ لى فى البَيْعِ نَساءً ، وفى الشِّراءِ بخَمْسَةٍ . فأنْكَرَه ، فعلى وَجْهَيْن . وأطْلَقهما فى « المُذْهَبِ » ؛ أحدُهما ، القَوْلُ قَوْلُ الوَكِيلِ . وهو

---

(١) سقط من : ر .

الشرح الكبير

الأمَةِ[1] ، أو قال : [2]وَكَّلْتُكَ فى البَيْعِ بألْفَيْن . قال : بل بألْفٍ . أو قال : وَكَّلْتُكَ[2] فى بَيْعِه نَقدًا . قال : بل نَسِيئَةً . أو قال : وَكَّلْتُكَ فى شِراءِ عَبْدٍ . قال : بل فى شِراءِ أمَةٍ . أو قال : وَكَّلْتُكَ فى الشِّراءِ بعَشَرَةٍ . قال : بل بخَمْسَةٍ . فقال القاضى[3] : القولُ قولُ المُوَكِّلِ . وهو قولُ أصحابِ الرَّأْيِ ، والشافعىِّ ، وابنِ المُنْذِرِ . وقال أبو الخَطَّابِ : إذا قال : أذِنْتُ لك فى البَيْعِ نَقْدًا ، وفى الشِّراءِ بخَمْسَةٍ . قال : بل أذِنْتَ لى فى البَيْعِ نَسِيئَةً ، وفى الشِّراءِ بعشَرَةٍ . فالقولُ قولُ الوَكِيلِ . نَصَّ عليه أحمدُ[4] فى المُضارَبَةِ ؛ لأنَّه أمِينٌ فى التَّصَرُّفِ ، فكان القولُ قَوْلَه فى صِفَتِه ، كالخَيّاطِ إذا قال : أذِنْتَ لى فى تَفْصِيلِه قَباءً . قال : بل قَمِيصًا . وحُكِىَ عن مالكٍ : إن أُدْرِكَتِ السِّلْعَةُ ، فالقولُ قولُ المُوَكِّلِ ، وإن فاتَتْ ، فالقولُ قولُ الوَكِيلِ ؛ لأنَّها إذا فاتَتْ لَزِم الوَكِيلَ الضَّمانُ ،

الإنصاف

المذهبُ ، نصَّ عليه فى المُضارِبِ . قال فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » : صِدْقُ الوَكِيلِ فى الإِشْهادِ حَلِفٌ . وقدَّمه فى « الهِدايةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الهادِى » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، القَوْلُ قَوْلُ المالِكِ . اخْتارَه القاضى . وصَحَّحه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الكافِى » .

---

(1) فى م : « الجارية » .

(2 - 2) سقط من : م .

(3) بعده فى م : « فى المجرد » .

(4) بعده فى م : « واختاره القاضى والتعليق الكبير » .

الشرح الكبير

والأصلُ عَدَمُه ، بخِلافِ ما إذا كانت مَوْجُودَةً . [٤/١٤٧ ظ] والقولُ الأوَّلُ أصَحُّ ؛ لوَجْهَيْن ؛ أحَدُهما ، أنهما اخْتَلَفا فى التَّوْكِيلِ الذى يَدَّعِيه الوَكِيلُ[1] ، فكان القولُ قولَ مَن يَنْفِيه ، كما لو لم يُقِرَّ المُوَكِّلُ بتَوْكِيلِه فى غيرِه . والثانى ، أنَّهما اخْتَلَفا فى صِفَةِ قولِ المُوَكِّلِ ، فكان القولُ قَوْلَه فى صِفَةِ كَلامِه ، كما لو اخْتَلَفَ الزَّوْجانِ فى صِفَةِ الطَّلاقِ . فعلى هذا ، إذا قال : اشْتَرَيْتُ لك هذه الجارِيَةَ بإذْنِكَ . قال : ما أذِنْتُ لك[2] إلَّا فى شِراءِ غيرِها . أو قال : اشْتَرَيْتُها لك بألْفَيْن . فقال : ما أذِنْتُ لك فى شِرائِها إلَّا بألْفٍ . فالقولُ قولُ المُوَكِّلِ ، وعليه اليَمِينُ . فإذا حَلَف بَرِئَ مِن الشِّراءِ . ثم لا يَخْلُو ؛ إمّا أن يكونَ الشِّراءُ بعَيْنِ المالِ أو فى الذِّمَّةِ ، فإن كان بعَيْنِ المالِ ، فالبَيْعُ باطِلٌ ، ويَرُدُّ الجارِيَةَ على البائعِ إنِ اعْتَرَفَ بذلك ،

الإنصاف

فائدة : وكذا الحُكْمُ لو قال : أَذِنْتَ لى فى البَيْعِ بغيرِ نَقْدِ البَلَدِ . أو اخْتَلَفا فى صِفَةِ الإذْنِ . وكذا حُكْمُ المُضارِبِ فى ذلك كلِّه . نصَّ عليه ، واخْتارَه المُصَنِّفُ . فعلى الوَجْهِ الثَّانِى ، إذا حلَف المالِكُ ، بَرِئَ مِنَ الشِّراءِ . فلو كان المُشْتَرَى جارِيَةً ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ الشِّراءُ بعَيْنِ المالِ ، أو فى الذِّمَّةِ ؛ فإنْ كان بعَيْنِ المالِ ، فالبَيْعُ باطِلٌ ، وتُرَدُّ الجارِيَةُ على البائعِ ، إنِ اعْتَرفَ بذلك . وإنْ كذَّبه فى الشِّراءِ لغيرِه ، أو بمالِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فالقَوْلُ قولُ البائعِ . فلو ادَّعَى الوَكيلُ عِلْمَه بذلك ، حلَف أنَّه لا يَعْلَمُ أنَّه اشْتَراه بمالِ مُوَكِّلِه ، فإذا حلَف مضَى البَيْعُ ، وعلى الوَكِيلِ غَرامَةُ الثَّمَنِ لمُوَكِّلِه ، ودَفْعُ الثَّمَنِ إلى البائعِ ، وتَبْقَى الجارِيَةُ

(1) فى الأصل ، م : « الموكل » .

(2) سقط من : م .

الشرح الكبير

وإن كَذَّبه فى أنَّ الشِّراءَ لغيرِه ، أو بمالِ غيرِه ، (1)أو بغيرِ(1) إذْنِه ، فالقولُ قولُ البائعِ ؛ لأنَّ الظّاهِرَ أنَّ ما فى يَدِ الإنْسانِ له . فإنِ ادَّعَى الوَكِيلُ عِلْمَه بذلك ، حَلَف أنَّه لا يَعْلَمُ أنَّه اشْتَراه بمالِ مُوَكِّلِه ؛ لأنَّه يَحْلِفُ على نَفْىِ فِعْلِ غيرِه ، فإذا حَلَف ، مَضَى البَيْعُ ، وعلى الوَكِيلِ غَرامَةُ الثَّمَنِ لمُوَكِّلِه ، ودَفْعُ الثَّمَنِ إلى البائعِ ، وتَبْقَى الجارِيَةُ فى يَدِه ، لا تَحِلُّ له ؛ لأنَّه إن كان صادِقًا فهى للمُوَكِّلِ ، وإن كان كاذِبًا فهى للبائعِ . فإن أراد

الإنصاف

فى يَدِه ، لا تحِلُّ له ، فإنْ أرادَ اسْتِحْلالَها ، اشْتَراها ممَّن هى له فى الباطِنِ ؛ لتَحِلَّ له ظاهِرًا وباطِنًا . فلو قال : بِعْتُكها ، إنْ كانَتْ لى . أو : إنْ كُنْتُ أَذِنْتُ لك فى شِرائِها بكذا ، فقد بِعْتُكها . ففى صِحَّتِه وَجْهان . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « القَواعِدِ » ؛ أحدُهما ، لا يصِحُّ ؛ لأنَّه بَيْعٌ مُعَلَّقٌ على شَرْطٍ . اخْتارَه القاضى . وقدَّمه فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » . والوَجْهُ الثَّانى ، يصِحُّ ؛ لأنَّ هذا واقِعٌ يعْلَمان وُجودَه ، فلا يَضُرُّ جَعْلُه شَرْطًا ، كما لو قال : بِعْتُك هذه الأَمَةَ . إنْ كانتْ أمَةً . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وهو احْتِمالٌ فى « الكافِى » ، ومالَ إليه هو ، وصاحِبُ « القَواعِدِ » . وكذا كلُّ شَرْطٍ عَلِما [٢/ ١٥٤ظ] وُجودَه ، فإنَّه لا يُوجِبُ وُقوفَ البَيْعِ ، ولا يُؤَثِّرُ فيه شَكًّا أصلًا . وقد ذكَر ابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » ، أنَّ أصْلَ هذا قوْلُهم فى الصَّوْمِ : إنْ كان غدًا مِن رَمَضانَ ، فهو فَرْضِى ، وإلَّا فنَفْلٌ . وذكَر فى « التَّبْصِرَةِ » ، أنَّ التَّصَرُّفاتِ كالبَيْعِ نَساءً . انتهى .

تنبيه : لوِ امْتَنَعَ مِن بَيْعِها مَن هى له فى الباطِنِ ، رفَع الأمْرَ إلى الحاكمِ ؛ ليَرْفُقَ به ليَبِيعَه إيَّاها ، ليَثْبُتَ له المِلْكُ ظاهِرًا وباطِنًا ، فإنِ امْتَنَعَ ، لم يُجْبَرْ عليه ، وله بَيْعُها

(1 - 1) سقط من ق ، وفى م : « بغير » .

الشرح الكبير

اسْتِحْلالَها ، اشْتَراها ممَّن هى له فى الباطِنِ ، فإنِ امْتَنَع مِن بَيْعِه إيّاها ، رَفَع الأمْرَ إلى الحاكِمِ ؛ ليَرْفُقَ به ليَبيعَه إيّاها ، ليَثْبُتَ المِلْكُ له ظاهِرًا وباطِنًا ، ويَصِيرَ ما ثَبَت له فى ذِمَّتِه ثَمَنًا قِصاصًا بالذى[1] أخَذَ منه الآخَرُ ظُلْمًا ، فإنِ امْتَنَعَ الآخَرُ مِن البَيْعِ ، لم يُجْبَرْ عليه ؛ لأنَّه عَقْدُ مُراضاةٍ . فإن قال له : إن كانتِ الجارِيَةُ لى فقد بِعْتُكَها . أو قال المُوَكِّلُ : إن كُنْتُ أذِنْتُ لك فى شِرائِها بألْفَيْن[2] فقد بِعْتُكَها . ففيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، لا يَصِحُّ . وهو قولُ القاضى ، وبعضِ الشافِعيَّةِ ؛ لأنَّه بَيْعٌ مُعَلَّقٌ على شَرْطٍ . والثانى يَصِحُّ ؛ لأنَّ هذا أمْرٌ واقِعٌ يَعْلَمان وُجُودَه ، فلا يَضُرُّ[3] جَعْلُه شَرْطًا ، كما لو قال : إن كانت هذه الجارِيةُ جارِيةً ، فقد بِعْتُكَها . وكذلك كلُّ شَرْطٍ عَلِما وُجُودَه ، فإنَّه لا يُوجِبُ وُقوفَ البَيْعِ ولا شَكًّا فيه . وأمّا إن كان الوَكِيلُ اشْتَرَى فى الذِّمَّةِ ، ثم نَقَدَ الثَّمَنَ ، صَحَّ الشِّراءُ ، ولَزِمَ الوَكِيلَ فى الظّاهِرِ ، فأمّا فى الباطِنِ ، فإن كان كاذِبًا فى دَعْواه فالجارِيَةُ[4]له ؛ لأنَّه اشْتَراها فى ذِمَّتِه بغيرِ أمْرِ المُوَكِّلِ ، وإن كان صادِقًا فالجارِيَةُ[4] لمُوَكِّلِه .

الإنصاف

له ولغيرِه . قال فى « المُجَرَّدِ » ، و « الفُصولِ » : ولا يَسْتَوْفِيه مَن تحتَ يدِه ، كسائرِ الحُقوقِ . قال الأَزَجِىُّ : وقيل : يَبِيعُه ، ويأْخُذُ ما غَرِمَه مِن ثَمَنِه . وقال فى « التَّرْغيبِ » : الصَّحيحُ ، أنَّه لا يحِلُّ . وهل تُقَرُّ بيَدِه ، أو يأْخُذُها الحاكِمُ كمالٍ ضائعٍ ؟ على وَجْهَيْن . انتهى . وإنِ اشْتَراها فى الذِّمَّةِ ، ثم نقَد الثَّمَنَ ، فالبَيْعُ

---

(١) فى م : « بالثمن الذى » .

(٢) فى الأصل : « بالدين » .

(٣) فى م : « يصح » .

(٤ - ٤) سقط من : م .

الشرح الكبير

فإذا أراد إحْلالَها تَوَصَّلَ إلى شِرائِها منه ، كما ذَكَرْنا . وكلُّ مَوْضِعٍ كانت للمُوَكِّلِ فى الباطِنِ وامْتَنَعَ مِن بَيْعِها للوَكِيلِ ، فقد حَصَلَتْ فى يَدِ الوَكِيلِ ، وهى للمُوَكِّلِ ، وفى ذِمَّتِه ثَمَنُها للوَكِيلِ[1] ، فأقْرَبُ الوُجُوهِ أن يَأْذَنَ للحاكِمِ فى بَيْعِها ، وتَوْفِيَةِ حَقِّه مِن ثَمَنِها ، فإن كانت للوَكِيلِ[2] ، فقد بِيعَتْ بإذْنِه ، وإن كانت للمُوَكِّلِ ، فقد باعَها الحاكِمُ فى إيفاءِ دَيْنٍ امْتَنَعَ [١٤٨/٤ و] المَدِينُ مِن وَفائِه . وقد قِيل غيرُ ما ذَكَرْنا . وهذا أقْرَبُ ، إن شاء اللهُ تعالى . وإنِ اشْتَراها الوَكِيلُ مِن الحاكِمِ بما له على المُوَكِّلِ ، جاز ؛ لأنَّه قائِمٌ مَقامَ المُوَكِّلِ فى ذلك ، أشْبَهَ ما لو اشْتَرَى منه .

فصل : ولو وَكَّلَه فى بَيْعِ عَبْدٍ ، فباعَه نَسِيئَةً ، فقال المُوَكِّلُ : ما أذِنْتُ فى بَيْعِه إلَّا نَقْدًا . فصَدَّقَه الوَكِيلُ والمُشْتَرِى ، فَسَد البَيْعُ ، وله مُطالَبَةُ مَن شاء منهما بالعَبْدِ إن كان باقِيًا ، وبقِيمَتِه إن تَلِف . فإن أخذَ القِيمَةَ مِن الوَكِيلِ ، رَجَع على المُشْتَرِى بها ؛ لأنَّ التَّلَفَ فى يَدِه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمانُ

الإنصاف

صحيحٌ ، ويَلْزَمُ الوَكِيلَ فى الظَّاهِرِ . فأمَّا فى الباطِنِ ؛ فإنْ كان كاذِبًا فى دَعْواه ، فالجارِيَةُ له ، وإنْ كان صادِقًا ، فالجارِيَةُ لمُوَكِّلِه ، فإنْ أرادَ إحْلالَها ، تَوَصَّلَ إلى شِرائِها منه كما ذكَرْنا أوَّلًا . وكلُّ مَوْضِعٍ كانتْ للمُوَكِّلِ فى الباطِنِ ، وامْتَنَعَ مِن بَيْعِها للوَكِيلِ ، فقد حصَلَتْ فى يَدِ الوَكِيلِ وهى للمُوَكِّلِ ، وفى ذِمَّتِه ثَمَنُها للوَكِيلِ . فأقْرَبُ الوُجوهِ ، أنْ يأْذَنَ الحاكِمُ فى بَيْعِها ، ويُوَفِّيَه حقَّه مِن ثَمَنِها ،

---

(١) فى م : « فى الوكيل » .
(٢) فى الأصل : « له » .

الشرح الكبير

عليه ، وإن أخَذَها مِن المُشْتَرِى ، لم يَرْجِعْ بالضَّمانِ على أحَدٍ . وإن كَذَّباه ، وادَّعَيا أنَّه أذِنَ فى البَيْعِ نَسِيئَةً ، فعلى قول القاضى ، يَحْلِفُ المُوَكِّلُ ، ويَرْجِعُ فى العَيْنِ إن كانت قائِمةً ، وإن كانت تالِفَةً ، رَجَع [(1)]بقِيمَتِها على مَن شاء منهما ، فإن رجع على المُشترِى ، رجع[(1)] المُشْتَرِى على الوَكِيلِ بالثَّمَنِ الذى أخَذَه منه ؛ لأنَّه لم يُسَلِّمْ له المَبِيعَ[(2)] ، وإن ضَمِنَ الوَكِيلُ ، لم يَرْجِعْ على المُشْتَرِى فى الحالِ ؛ لأنَّه يُقِرُّ بصِحَّةِ البَيْعِ وتَأْجِيلِ الثَّمَنِ ، وأنَّ البائِعَ ظَلَمَه بالرُّجُوعِ عليه ، وأنَّه إنَّما يَسْتَحِقُّ المُطالَبَةَ بالثَّمَنِ بعدَ الأجَلِ ، فإذا حَلَّ الأجَلُ ، رَجَع الوَكِيلُ على المُشْتَرِى بأقَلِّ الأمْرَيْنِ مِن القِيمَةِ أو الثَّمَنِ المُسَمَّى ؛ لأنَّ القِيمَةَ إن كانت أقَلَّ ، فما غَرِمِ أكْثَرَ منها ، فلم يَرجِعْ بأكْثَرَ ممّا غَرِم ، وإن كان الثَّمَنُ أقَلَّ ، فالوَكِيلُ مُعْتَرِفٌ للمُشْتَرِى أنَّه لا يَسْتَحِقُّ عليه أكْثَرَ منه ، وأنَّ المُوَكِّلَ ظَلَمَه بأخْذِ الزّائِدِ على الثَّمَنِ ، فلا يَرْجِعُ على المُشْتَرِى بما ظَلَم به المُوَكِّلُ . وإن كَذَّبَه أحَدُهما دُونَ الآخَرِ ، فله الرُّجُوعُ على المُصَدِّقِ بغيرِ يَمِينٍ ، ويَحْلِفُ على المُكَذِّبِ ويَرْجِعُ على حَسَب ما ذَكَرْناه . هذا إنِ اعْتَرَفَ المُشْتَرِى بالوَكالَةِ ، وإن أنْكَرَ ذلك ، وقال : إنَّما بِعْتَنِى مِلْكَك ، فالقولُ قَوْلُه مع يَمِينِه أنَّه لا يَعْلَمُ كَوْنَه وَكِيلًا ولا يَرْجِعُ عليه بشىءٍ .

الإنصاف

فإنْ كانتْ للوَكِيلِ ، فقد بِيعَتْ بإذْنِه ، وإنْ كانتْ للمُوَكِّلِ ، فقد باعَها الحاكِمُ فى إيفاءِ دَيْنٍ امْتنَعَ المَدِينُ مِن وَفائِه . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : وقد قِيلَ غيرُ

(1 - 1) سقط من : م .

(2) فى ر ، م : « المنع » .

الشرح الكبير

فصل : إذا قَبَض الوَكِيلُ ثَمَنَ المَبِيعِ ، فهو أمانَةٌ فى يَدِه ، لا يَلْزَمُه تَسْلِيمُه قبلَ طَلَبِه ، ولا يَضْمَنُه بتَأْخِيرِه ؛ لأنه رَضِىَ بكَوْنِه فى يَدِه . فإن طَلَبَه فأَخَّر رَدَّه مع إمْكانِه فتَلِفَ ، ضَمِنَه . وإن وَعَدَه رَدَّه ، ثم ادَّعَى إنِّى كُنْتُ رَدَدْتُه قبلَ طَلَبِه ، أو أنَّه كان تَلِف ، لم يُقْبَلْ قَوْلُه ؛ لأنَّه مُكَذِّبٌ لنَفْسِه بوَعْدِه رَدَّه . فإن صَدَّقَه المُوَكِّلُ ، بَرِئَ ، وإن كَذَّبه ، فالقولُ قولُ المُوَكِّلِ . فإن أقام الوَكِيلُ[1] بَيِّنَةً بذلك ، قُبِلَتْ فى أحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّه يَبْرَأُ بتَصْدِيقِ المُوَكِّلِ ، فكذلك إذا قامَتْ له بَيِّنَةٌ ؛ لأنَّ البَيِّنَةَ إحْدَى الحُجَّتَيْن ، فبَرِئَ بها[2] ، كالإقرارِ . والثانِى ، لا يُقْبَلُ ؛ لأنَّه كَذَّبَها بوَعْدِه بالدَّفعِ [٤/١٤٨ ظ] ، بخِلافِ ما إذا صَدَّقَه ؛ لأنَّه أقَرَّ ببَراءَتِه ، فلم يَبْقَ له مُنازِعٌ . وإن لم يَعِدْه برَدِّه ، لكنْ مَنَعَه أو مَطَلَه مع إمْكانِه ، ثم ادَّعَى الرَّدَّ أو التَّلَفَ ، لم يُقْبَلْ قَوْلُه إلَّا ببَيِّنَةٍ ؛ لأنَّه صار بالمَنْعِ خارِجًا عن حالِ الأمانَةِ ، وتُسْمَعُ بَيِّنَتُه ؛ لأنَّه لم يُكَذِّبْها .

الإنصاف

ذلك . وهذا أقْرَبُ ، إنْ شاءَ اللهُ تعالَى . وإنِ اشْتَراها الوَكِيلُ مِنَ الحاكمِ بما له على المُوَكِّلِ ، جازَ . وقال الأَزَجِىُّ : إنْ كان الشِّراءُ فى الذِّمَّةِ ، وادَّعَى أنَّه يَبْتاعُ بمالِ الوَكالَةِ ، فصَدَّقَه البائعُ أو كذَّبَه ، فقِيلَ : يَبْطُلُ ، كما لو كان الثَّمَنُ مُعَيَّنًا ، وكقَوْلِه : قَبِلَ النِّكاحُ لفُلانٍ الغائبِ . فيُنْكِرُ الوَكالَةَ . وقيل : يصِحُّ ، فإذا حلَف المُوَكِّلُ ما أَذِنَ له ، لَزِمَ الوَكِيلَ .

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى ر ، ق : « منها » .

المقنع

وَإِنْ قَالَ : وَكَّلْتَنِي أَنْ أَتَزَوَّجَ لَكَ فُلَانَةً ، فَفَعَلْتُ . وَصَدَّقَتْهُ الْمَرْأَةُ ، فَأَنْكَرَهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكِرِ بِغَيْرِ يَمِينٍ . وَهَلْ يَلْزَمُ الْوَكِيلَ نِصْفُ الصَّدَاقِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٠٣٣ – مسألة : (وإن قال : أذِنْتَ لى أن أتزَوَّجَ لك فُلانةً ، فَفَعَلْتُ . وصَدَّقَتْه المرأةُ ، فأنكَرَ ، فالقولُ قولُ المُنْكِرِ بغيرِ يَمِينٍ . وهل يَلْزَمُ الوَكِيلَ نِصْفُ الصَّداقِ ؟ على وَجْهَيْن) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ الوَكِيلَ والمُوَكِّلَ إذا اخْتَلَفَا فى أصلِ الوَكالَةِ ، فقال : وَكَّلْتَنِى . فأنْكَرَ المُوَكِّلُ ، فالقولُ قَوْلُه ؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُ الوَكالَةِ ، ولم يَثْبُتْ أنه أمِينُه فيُقْبَلَ قَوْلُه عليه . ولو قال : وَكَّلْتُك ، ودَفَعْتُ إليك مالًا . فأنْكَرَ الوَكِيلُ ذلك كلَّه ، أو اعْتَرَفَ بالتَّوْكِيلِ ، وأنْكَرَ دَفْعَ المالِ إليه ، فالقولُ قَوْلُه ؛ لذلك . ولو قال رجلٌ لآخَرَ : وَكَّلْتَنِى أن أتزَوَّجَ لك فُلانَةَ ، فَفعلْتُ . وادَّعَتِ المرأةُ ذلك ، فأنْكَرَ المُوَكِّلُ ، فالقولُ قَوْلُه . نَصَّ عليه أحمدُ ، فقال : إن أقام البَيِّنَةَ ، وإلَّا فلا يَلْزَمُ الآخَرَ عَقْدُ النِّكاحِ . قال أحمدُ : ولا يُسْتَحْلَفُ . قال

الإنصاف

قوله : وإنْ قالَ : وَكَّلْتَنِى أنْ أَتزَوَّجَ لك فُلانَةً ، ففعَلْتُ . وصَدَّقَتْه المَرْأةُ ، فأنْكَرَه ، فالقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ – نصَّ عليه – بغيرِ يَمِينٍ . قال الإمامُ أحمدُ : لا يُسْتَحْلَفُ . قال القاضى : لأنَّ الوَكِيلَ يدَّعِى حقًّا لغيرِه . فأمَّا إنِ ادَّعَتْه المَرْأةُ ، فيَنْبَغِى أنْ تُسْتَحْلَفَ ؛ لأنَّها تدَّعِى الصَّداقَ فى ذِمَّتِه . وقالَه الأصحابُ بعدَه . وهو صحيحٌ .

قوله : وهل يَلْزَمُ الوَكِيلَ نِصفُ الصَّداقِ ؟ على رِوايتَيْن . وأطْلَقهما فى « الهِدايةِ » ، و « الفُصولِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ،

الشرح الكبير

القاضى : لأنَّ الوَكِيلَ يَدَّعِى حَقًّا لغيرِه . فأمّا إنِ ادَّعَتْه المرأةُ ، فيَنْبَغِى أن يُسْتَحْلَفَ ؛ لأنَّها تدَّعِى الصَّداقَ فى ذِمَّتِه ، فإذا حَلَف ، لم يَلْزَمْه الصَّداقُ ، ولم يَلْزَمِ الوَكِيلَ منه شئٌ ؛ لأنَّ دَعْوَى المرأةِ على المُوَكِّلِ ، وحُقُوقَ العَقْدِ لا تَتَعلَّقُ بالوَكِيلِ . ونَقَل إسحاقُ بنُ إبراهيمَ عن أحمدَ ، أنَّ الوَكِيلَ يَلْزَمُه نِصْفُ الصَّداقِ ؛ لأنَّ الوَكِيلَ فى الشِّراءِ ضامِنٌ للثَّمَنِ ، وللبائعِ مُطالَبَتُه به[1] ، كذا هٰهُنا . ولأنَّه فَرَّطَ حيث لم يُشْهِدْ على الزَّوْجِ بالعَقْدِ والصَّداقِ . والأوَّلُ أوْلَى ؛ لِما ذَكَرْناه . ويُفارِقُ الشِّراءَ ؛ لأنَّ الثَّمَنَ مَقْصُودُ البائعِ ، والعادَةُ تَعْجِيلُه وأخْذُه مِن المُتَوَلِّى للشِّراءِ ، والنِّكاحُ يُخالِفُه فى هذا كلِّه . فإن كان الوَكِيلُ ضَمِنَ المَهْرَ ، فلها الرُّجُوعُ عليه بنِصْفِه ؛ لأنَّه ضَمِنَه عن[2] المُوَكِّلِ ، وهو مُقِرٌّ بأنَّه فى ذِمَّتِه . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، وأبو يُوسُفَ ، والشافعىُّ . وقال محمدُ بنُ الحسنِ : يَلْزَمُ الوَكِيلَ جَمِيعُ الصَّداقِ ؛ لأنَّ الفُرْقَةَ لم تَقَعْ بإنْكارِه ، فيكونُ ثابِتًا فى

الإنصاف

و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الهادِى » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الفائقِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « شَرْحِه » ؛ إحْداهما ، لا يَلْزَمُه . وهو المذهبُ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « تَصْحيحِ المُحَرَّرِ » ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الكافِى » . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، يَلْزَمُه . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . وجزَم به ابنُ رَزِينٍ فى « نِهايَتِه » ، و « نَظْمِها » . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » .

---

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

البَاطِنِ ، فيَجِبُ جَمِيعُه . ولَنا ، أنَّه يَمْلِكُ الطَّلاقَ ، فإذا أنْكَرَ ، فقد أقَرَّ بتَحْرِيمِها عليه ، فصار بمَنْزِلَةِ إيقاعِه لِما تَحْرُمُ به . قال أحمدُ : ولا تَتَزَوَّجُ المرأةُ حتى يُطَلِّقَ ، لَعَلَّه يكونُ كاذِبًا فى إنْكارِه . وظاهِرُ هذا تحْرِيمُ نكاحِها قبلَ طَلاقِها ؛ لأنَّها مُعْتَرِفَةٌ بأنَّها زَوْجَةٌ له ، فيُؤْخَذُ بإقْرارِها ، وإنْكارُه ليس بطَلاقٍ . وهل يَلْزَمُ المُوَكِّلَ [١٤٩/٤ و] طَلاقُها ؟ فيه احْتِمالان ؛ أحَدُهما ، لا يَلْزَمُ ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ فى حَقِّه نِكاحٌ ، ولو ثَبَت لم يُكَلَّفِ الطَّلاقَ . ويَحْتَمِلُ أن يَلْزَمَه ؛ لإزالَةِ الاحْتِمالِ ، وإزالَةِ الضَّرَرِ عنها بما لا ضَرَرَ عليه فيه ، فأشْبَهَ النِّكاحَ الفاسِدَ . ولو مات أحَدُهما لم يَرِثْه الآخَرُ ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ صَداقُها[1] فتَرِثَ ، وهو يُنْكِرُ أنَّها زَوْجَتُه فلا يَرِثُها . ولو ادَّعَى أنَّ فُلانًا الغائِبَ وَكَّلَه[2] فى تَزَوُّجِ امرأةٍ ، فتَزَوَّجَها له ، ثم مات الغائِبُ ، لم تَرِثْه المرأةُ إلَّا بتَصْدِيقِ الوَرَثَةِ أو يَثْبُتُ ببَيِّنَةٍ . وإن أقَرَّ المُوَكِّلُ بالتَّوْكِيلِ فى التَّزْوِيجِ ، وأنْكَرَ أن يكونَ الوَكِيلُ[3] تَزَوَّجَ له ، كان القولُ

الإنصاف

فوائد ؛ الأُولَى ، يَلْزَمُ الوَكِيلَ تَطْلِيقُها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . صحَّحه فى « النَّظْمِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » . وقيل : لا يَلْزَمُه . وهما احْتِمالان مُطْلَقان[4] فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . الثَّانيةُ ، لو اتَّفَقَ على أنَّه وَكَّلَه فى النِّكاحِ ، فقال الوَكِيلُ : تَزَوَّجْتُ لك . وأنْكَرَه المُوَكِّلُ ، فالقَوْلُ قَوْلُ

---

(١) فى ر ، ق : « صدقها » .

(٢) فى م : « وكيله » .

(٣) سقط من : م .

(٤) فى الأصل ، ط : « مطلقًا » .

الشرح الكبير

قولَ الوَكيلِ فيه ، فيَثْبُتُ التَّزْويجُ هٰهُنا . وقال القاضى : لا يَثْبُتُ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه لا تَتَعَذَّرُ إقامَةُ البَيِّنَةِ عليه ، لكَوْنِه لا يَنْعَقِدُ إلَّا بها . وذَكَرَ أنَّ أحمدَ نَصَّ عليه . وأشار إلى نَصِّه فيما إذا أنْكَرَ المُوَكِّلُ الوَكالَةَ مِن أصْلِها . ولَنا ، أنَّهما اخْتَلَفا فى فِعْلِ الوَكِيلِ ما أُمِر[1] به ، فكان القولُ قَوْلَه ، كما لو وَكَّلَه فى بَيْعِ ثَوْبٍ ، فادَّعَى بَيْعَه ، أو فى شِراءِ عَبْدٍ بألْفٍ ، فادَّعَى أنَّه اشْتَراه به . وما ذَكَرَه القاضى مِن نَصِّ أحمدَ[2] فيما إذا أنْكَرَ المُوَكِّلُ[3] الوَكالَةَ ، فليس بنَصٍّ هٰهُنا ؛ لاخْتِلافِ أحْكامِ الصُّورَتَيْن وتَبايُنِهما ، فلا يكونُ النَّصُّ فى إحْداهما نَصًّا فى الأُخْرَى . وما ذَكَرَه مِن المَعْنَى لا أصْلَ له ، فلا يُعَوَّلُ عليه .

الإنصاف

الوَكِيلِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الحاوِى الكَبِيرِ » ، و « الفائقِ » . وعنه ، القَوْلُ قَوْلُ المُوَكِّلِ ؛ لاشْتِراطِ البَيِّنَةِ . اخْتارَه القاضى وغيرُه . وجزَم به فى « الحاوِى الصَّغِيرِ » . قال فى « الرِّعايتَيْن » : قُبِلَ قَوْلُ المُوَكِّلِ فى الأقْيَسِ . وذكَرَه فى « التَّلْخيصِ » ، و « التَّرغيب » ، عن أصحابِنا ، كأصْلِ الوَكالَةِ . فعلى هذه الرِّوايةِ ، يَلْزَمُ المُوَكِّلَ طَلاقُها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه ، كالأُولَى . وقيل : لا يَلْزَمُه . وعلى الرِّوايةِ الثَّانيةِ ، لا يَلْزَمُ الوَكِيلَ نِصْفُ المَهْرِ إلَّا بشَرْطٍ .

الثَّالثةُ ، لو قال : وَكَّلْتَنِى فى بَيْعِ كذا . فأنْكَرَ المُوَكِّلُ ، وصدَّقَ البائعُ ، لَزِمَ وَكِيلَه ، فى ظاهرِ كلامِ المُصَنِّفِ . قالَه فى « الفُروعِ » ، وقال : وظاهِرُ كلامِ

---

(١) فى م : « أمره » .

(٢) بعده فى م : « عليه » .

(٣) فى الأصل : « الوكيل » .

الشرح الكبير

فصل : ولو غاب رجلٌ ، فجاء رجلٌ إلى امْرَأتِه فذَكَرَ أنَّ زَوْجَها طَلَّقَها وأبانَها ووَكَّلَه فى تَجْدِيدِ نِكاحِها بألْفٍ ، فأذِنَتْ فى نِكاحِها ، فعَقَدَ عليها ، وضَمِنَ الوَكِيلُ الألْفَ ، ثم جاء زَوْجُها فأنكَرَ هٰذا كلَّه ، فالقولُ قَوْلُه ، والنِّكاحُ الأوَّلُ بحالِه . وقِياسُ ما ذَكَرْناه أنَّ المرأةَ إن صَدَّقَتِ الوَكِيلَ ، لَزِمَه الألْفُ إلَّا أن يُبِينَها زَوْجُها قبلَ دُخولِه بها . وحُكِىَ ذلك عن مالكٍ ، وزُفَرَ . وحُكِىَ عن أبى حنيفةَ ، والشافعىِّ ، أنَّه لا يَلْزَمُ الضّامِنَ شىءٌ ؛ لأنَّه فَرْعٌ على المَضْمُونِ عنه ، والمَضْمُونُ عنه لا يَلْزَمُه شىءٌ ، فكذلك فَرْعُه . ولَنا ، أنَّ الوَكِيلَ مُقِرٌّ بأنَّ الحَقَّ فى ذِمّةِ المَضْمُونِ عنه ، وأنَّه ضامِنٌ عنه ، فلَزِمَه ما أقَرَّ به ، كما لو ادَّعَى على رجلٍ أنَّه ضَمِن له[1] ألْفًا على أجْنَبِىٍّ ، فأقَرَّ الضّامِنُ بالضَّمانِ وصِحَّتِه وثُبُوتِ الحَقِّ فى ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه ، [2]وأنْكَرَه المَضْمُونُ عَنْه[2] . وكما لو ادَّعَى شُفْعَةً عَلَى إنسانٍ فى شِقْصٍ اشْتَراه ، فأقَرَّ البائعُ وأنْكَرَه المُشْتَرِى ، فإنَّ الشَّفِيعَ يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ فى أصَحِّ

الإنصاف

غيرِه ، أنَّه كمَهْرٍ ، أو لا يَلْزَمُه شىءٌ ؛ لعَدَمِ تَفْريطِه بتَرْكِ البَيِّنَةِ . قال : وهو أظْهَرُ . الرَّابعةُ ، قوْلُه : فلو قال : بِعْ ثَوْبِى بعَشَرَةٍ ، فما زادَ ، فلكَ . صَحَّ . نَصَّ عليه . قال الإمامُ أحمدُ : هل هذا إلَّا كالمُضارَبَةِ ؟ واحْتَجَّ له بقَوْلِ ابنِ عَبَّاسٍ ، يعْنِى ، أنَّه أجازَ ذلك ، وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . لكِنْ لو باعَه نَسِيئَةً بزِيادَةٍ ؛ فإنْ قُلْنا : لا يصِحُّ البَيْعُ . فلا كلامَ . وإنْ قُلْنا : يصِحُّ . اسْتَحَقَّ الزِّيادَةَ . جزَم به فى « الفُروعِ » وغيرِه . الخامِسةُ ، يَسْتَحِقُّ الجُعْلَ قبلَ قَبْضِ الثَّمَنِ ، ما لم يَشْتَرِطْ

(1) سقط من : م .

(2 - 2) سقط من : م . وفى الأصل : « وأنكره المضمون » .

المقنع

وَيَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِجُعْلٍ وَبِغَيْرِهِ ، فَلَوْ قَالَ : بِعْ ثَوْبِي بِعَشَرَةٍ ، فَمَا زَادَ فَلَكَ . صَحَّ . نَصَّ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير

الوَجْهَيْن . فإن لم تَدَّعِ المرأةُ صِحَّةَ ما ذَكَره الوَكِيلُ ، فلا شئَ عليه . ويَحْتَمِلُ أنَّ مَن أسْقَطَ [١٤٩/٤ ظ] عنه الضَّمانَ ، أسْقَطَه فى هذه الصُّورَةِ ، ومَن أوْجَبَه أوْجَبَه فى الصُّورةِ الأُخْرَى ، فلا يكون بينَهما اخْتِلافٌ . واللهُ أعلمُ .

٢٠٣٤ - مسألة : (ويَجُوزُ التَّوْكِيلُ بجُعْلٍ وبغيرِه ، فلو قال : بِعْ ثَوْبِى بعَشَرَةٍ فما زاد فَلَك . صَح) [١]واسْتَحَقَّ الزِّيادَةَ[١] (نصَّ عليه) رُوِىَ ذلك عن ابن عباسٍ . وهو قولُ ابنِ سِيرينَ ، وإسحاقَ . وكَرِهَه النَّخَعِىُّ ، وحَمّادٌ ، وأبو حنيفةَ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ ؛ لأنَّه أجْرٌ مَجْهولٌ يَحْتَمِلُ الوُجُودَ [١]والعَدَمَ[١] . ولَنا أنَّ عَطاءً رَوَى عن ابن عباسٍ ، أنَّه كان لا يَرَى بذلك[٢] بَأْسًا ، أن يُعْطِىَ الرجلُ الرجلَ الثَّوْبَ أو غيرَه ، فيقولُ : بِعْه بكذا ، فما ازْدَدْتَ فهو لَكَ . ولا يُعْرَفُ له فى عَصْرِه

الإنصاف

عليه المُوَكِّلُ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . [٢/ ١٥٥و] وقال فى « الفُروعِ » : وهل يَسْتَحِقُّ الجُعْلَ قبلَ تَسْليمِ ثَمَنِه ؟ يتَوَجَّهُ فيه خِلافٌ .

السَّادسةُ ، يجوزُ تَوْكِيلُه بجُعْلٍ مَعْلومٍ أيَّامًا معْلُومَةً ، أو يُعْطِيه[٣] مِنَ الألْفِ شيئًا مَعْلومًا ، لا مِنْ كلِّ ثَوْبٍ كذا ، لم يصِفْه ، و لم يُقدِّرْ ثمَنَه فى ظاهرِ كلامِه ، واقْتَصرَ عليه فى « الفُروعِ » ، وله أجْرُ مِثْلِه ، وإنْ عيَّن الثِّيابَ المُعَيَّنَةَ فى بَيْعٍ ، أو شِراءٍ

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى الأصل ، ط : « بعضه » . انظر الفروع ٤/ ٣٧٢ .

الشرح الكبير

مُخالِفٌ ، فكان إجْماعًا ، ولأنَّها عَيْنٌ تُنَمَّى بالعَمَلِ عليها ، أشْبَهَ دَفْعَ مالِه مُضارَبَةً (١ولأنه تَصَرُّفٌ لغيرِه لا يَلْزَمُه ، فهو كرَدِّ الآبِقِ١) . إذا ثَبَت ذلك ، فإذا باعَه بزِيادَةٍ ، فهى له ؛ لأنَّه جَعَلَها له ، وإن باعَه بما عَيَّنَه ، فلا شئَ له ؛ لأنه جَعَل له الزِّيادَةَ ، ولا زِيادَةَ ، فهو كالمُضارِبِ إذا لم يَرْبَحْ . وإن باعَه بنَقْصٍ ، فعنه ، لا يَصِحُّ ؛ لمُخالَفَتِه ، فإن تَعَذَّرَ ، ضَمِن النَّقْصَ . وعنه ، يَصِحُّ ، ويَضْمَنُ النَّقْصَ . وقد ذَكَرْنا ذلك . وإن باعَه نَسِيئَةً ، لم يَصِحَّ ، ولا يَسْتَحِقُّ الوَكِيلُ شيئًا(٢) وإن باعَه بزِيادةٍ . نَصَّ عليه أحمدُ فى رِوايَةِ الأثْرَمِ . ويَجُوزُ بغيرِ جُعْلٍ . بغيرِ خِلافٍ . فإذا وَكَّلَه بجُعْلٍ ، فباع ، اسْتَحَقَّ الجُعْلَ قبلَ قَبْضِ الثَّمَنِ ؛ لتَحَقُّقِ البَيْعِ قبلَ قَبْضِه . فإن قال فى التَّوْكِيلِ : فإذا سَلَّمْتَ إلَىَّ الثَّمَنَ فلك كذا . وَقَف اسْتِحْقاقُه على التَّسْلِيمِ إليه ؛ لاشْتِراطِه إيَّاه . نَصَّ عليه .

فصل : إذا وَكَّلَه فى شِراءِ شئٍ فاشْتَرَى غيرَه ، مثلَ أن يُوَكِّلَه فى شِراءِ عَبْدٍ فيَشْتَرِىَ جارِيَةً ، فإن كان الشِّراءُ بعَيْنِ مالِ المُوَكِّلِ ، فالبَيْعُ(٣) باطِلٌ فى أصَحِّ الرِّوايَتَيْن . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ . وعن أحمدَ ، أنَّه

الإنصاف

مِن مُعَيَّنٍ ، ففى الصِّحَّةِ خِلافٌ . قالَه فى « الفُروعِ » . السَّابعةُ ، لا يصِحُّ التَّوْكِيلُ بجُعْلٍ مَجْهولٍ ، ولكِنْ يصِحُّ تَصَرُّفُه بالإذْنِ ، ويَسْتَحِقُّ أُجْرَةَ المِثْلِ .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى م : « الشراء » .

الشرح الكبير

صَحِيحٌ[1] ، ويَقِفُ على إجازَةِ المالِكِ ، فإن أجازَه ، صَحَّ ، وإلَّا بَطَل . وهو قولُ مالِكٍ ، وإسحاقَ . وقد ذَكَرْناه فى كِتابِ البَيْعِ . فإن كان اشْتَراه فى ذِمَّتِه ثم نَقَد الثَّمَنَ ، فالشِّراءُ صَحِيحٌ ؛ لأنَّه إنَّما اشْتَرَى بثَمَنٍ فى ذِمَّتِه ، وليس ذلك مِلْكًا لغيرِه . وقال أصحابُ الشافعىِّ : لا يَصِحُّ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّه عَقَد على أنَّه للمُوَكِّلِ ولم يَأْذَنْ فيه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو اشْتَرَى بعَيْنِ مالِه . ولَنا ، أنَّه لم يتَصَرَّفْ فى مِلْكِ غيرِه ، فصَحَّ ، كما لو لم يَنْوِه لغيرِه . إذا ثَبَت هذا فرُوِىَ عن أحمدَ روايَتان ؛ إحْداهُما ، الشِّراءُ لازِمٌ للمُشْتَرِى . وهو الوَجْهُ الثانِى لأصحابِ الشافعىِّ ؛ لأنَّه اشْتَرَى فى ذِمَّتِه بغيرِ [2]إذْنِ غيرِه[2] ، فكان الشِّراءُ له ، كما لو لم يَنْوِ غيرَه . والثانيةُ ، يَقِفُ [٤/١٥٠ و] على إجازَةِ المُوَكِّلِ[3] ، إن أجازَه ، لَزِمَه ، وإن لم يُجزْه ، لَزِم الوَكِيلَ ؛ لأنَّه لا يَجُوزُ أن يَلْزَمَ المُوَكِّلَ ؛ لكَوْنِه لم يَأْذَنْ فى شِرائِه ، ولَزِم الوَكِيلَ ؛ لأنَّ الشِّراءَ صَدَر منه ولم يَثْبُتْ لغيرِه ، فثَبَتَ فى حَقِّه ، كما لو اشْتَراه لنَفْسِه . وهكذا ذَكَر الخِرَقِىُّ . وهذا حُكْمُ كلِّ مَن اشْتَرَى شيئًا فى ذِمَّتِه لغيرِه بغيرِ إذْنِه ، سَواءٌ كان وَكِيلًا للذى قَصَد الشِّراءَ له أو لم يَكُنْ .

فصل : فإن وَكَّلَه فى أن يَتَزَوَّجَ له امرأةً ، فتَزَوَّجَ له غيرَها ، أو تَزَوَّجَ له بغيرِ إذْنِه ، فالعَقْدُ فاسِدٌ بكلِّ حالٍ ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن . وهو مَذْهَبُ

الإنصاف ....

(١) فى م : « يصح » .

(٢ - ٢) فى م : « إذنه » .

(٣) فى ر ، ق ، ر١ : « من اشترى له » .

الشرح الكبير

الشافعيِّ ؛ لأنَّ مِن شَرْطِ صِحّةِ النِّكاحِ[1] ذِكْرَ الزَّوْجِ ، فإذا كان بغيرِ إذْنِه ، لم يَقَعْ له ولا للوَكِيلِ ؛ لأنَّ المَقْصُودَ أعْيانُ الزَّوْجَيْن ، بخِلافِ البَيْعِ ، فإنَّه يَجُوزُ أن يَشْتَرِىَ له مِن غيرِ تَسْمِيَةِ المُشْتَرِى له . والثانيةُ ، يَصِحُّ النِّكاحُ ، ويَقِفُ على إجازَةِ المُتَزَوِّجِ ، فإن أجازَه ، صَحَّ ، وإلَّا بَطَل . وهذا مَذْهَبُ أبى حنيفةَ . والقولُ فيه كالقولِ فى البَيْعِ . على ما تَقَدَّمَ .

فصل : قال القاضى : إذا قال لرجلٍ : اشْتَرِ لى بدَيْنِى عليك طَعامًا . لم يَصِحَّ . ولو قال : أسْلِفْ لى ألْفًا مِن مالِك[2] فى كُرٍّ طَعامٍ . ففَعل ، لم يَصِحَّ أيضًا ؛ لأنَّه لا يَجُوزُ أن يَشْتَرِىَ الإنْسانُ بمالِه ما يَمْلِكُه غيرُه . وإن قال : اشْتَرِ لى فى ذِمَّتِك . أو قال : أسْلِفْ لى ألْفًا فى كُرِّ طَعامٍ ، واقْضِ الثَّمَنَ عَنِّى مِن مالِك . أو : مِن الدَّيْنِ الذى عليك . صَحَّ ؛ لأنَّه إذا اشْتَرَى فى الذِّمَّةِ ، حَصَل الشِّراءُ للمُوَكِّلِ ، والثَّمَنُ عليه ، فإذا قَضاه مِن الدَّيْنِ الذى عليه ، فقد دَفَع الدَّيْنَ إلى مَن أمَرَه صاحِبُ الدَّيْنِ بدَفْعِه إليه ، وإن قَضاه مِن مالِه عن دَيْنِ السَّلَفِ الذى عليه ، صار قَرْضًا عليه .

فصل : قال أحمدُ ، فى رِوايَةِ أبى الحارِثِ ، فى رجلٍ له على آخَرَ دَراهِمُ ، فبَعَثَ إليه رسولًا يَقْبِضُها ، فبَعَثَ إليه مع الرسولِ دِينارًا ، فضاع مع الرسولِ : فهو مِن مالِ الباعِثِ ؛ لأنَّه لم يَأْمُرْه بمُصارَفَتِه ، إنَّما كان

الإنصاف ....

(١) فى م : « عقد النكاح » .

(٢) فى م : « ملكك » .

الشرح الكبير

مِن ضَمانِ الباعِثِ ؛ لأنَّه دَفَع إلى الرسولِ غيرَ ما أمَرَه به المُرْسِلُ ؛ لأنَّ المُرْسِلَ إنَّما أمَرَه بقَبْضِ الدَّراهِمِ ، ولم يَدْفَعْها ، إنَّما دَفَع دِينارًا[1] عِوَضًا عنها[2] ، وهذا صَرْفٌ يَفْتَقِرُ إلى إذْنِ صاحِبِ الدَّيْنِ [3]ولم يَأْذَنْ ، فصار الرسولُ وَكِيلًا للباعِثِ فى تَأْدِيَتِه إلى صاحِبِ الدَّيْنِ[3] ومُصارَفَتِه به ، فإذا تَلِف فى يَدِ وَكِيلِه ، كان مِن ضَمانِه ، اللَّهُمَّ إلَّا أن يُخْبِرَ الرسولُ الغَرِيمَ أنَّ رَبَّ الدَّيْنِ أذِنَ له فى قَبْضِ الدِّينارِ عن الدَّراهِمِ ، فيكونُ مِن ضَمانِ الرسولِ ؛ لأنَّه غرَّه وأخَذَ الدِّينارَ على أنَّه وَكِيلٌ للمُرْسِلِ . وإن قَبَض الدَّراهِمَ التى أُمِر بقَبْضِها ، فضاعَتْ مِن الرسولِ بغيرِ تَفْرِيطٍ ، فهى مِن ضَمانِ صاحِبِ [٤/١٥٠ ظ] الدَّيْنِ . وقال أحمدُ فى رِوَايَةِ مُهَنَّا ، فى رجلٍ له عندَ آخَرَ دَنانِيرُ وثِيابٌ ، فبَعَثَ إليه رسولًا ، وقال : خُذْ دِينَارًا و[4] ثَوْبًا . فأخَذَ دِينارَيْن وثَوْبَيْن ، فضاعَتْ ، فالضَّمانُ على الباعِثِ . يَعْنِى الذى أعْطاه الدِّينارَيْن والثَّوْبَيْن . ويَرْجِعُ به على الرسولِ . يَعْنِى عليه ضَمانُ الدِّينارِ والثَّوْبِ الزّائِدَيْن ، إنَّما جَعَل عليه الضَّمانَ ؛ لأنَّه دَفَعَهما إلى مَن لم يُؤْمَرْ بدَفْعِهما إليه ، ورَجَع بهما على الرسولِ ؛ لأنَّه غرَّه ، وحَصَل التَّلَفُ فى يَدِه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه . وللمُوَكِّلِ تَضْمِينُ الوَكِيلِ ؛ لأنَّه تعَدَّى

الإنصاف ....

(١) فى الأصل : « دنانير » .

(٢) فى م : « عنه » .

(٣ - ٣) سقط من : م .

(٤) فى ر ١ ، م : « أو » .

الشرح الكبير

بقَبْضِ ما لم يُؤْمَرْ بقَبْضِه . فإذا ضَمِنَه ، لم يَرْجِعْ على أحَدٍ ؛ لأنَّ التَّلَفَ حَصَل فى يَدِه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه . وقال أحمدُ ، فى رجلٍ وَكَّل وَكِيلًا فى اقْتِضاءِ دَيْنِه ، وغاب ، فأخَذَ الوَكِيلُ به رَهْنًا ، فتَلِفَ الرَّهْنُ فى يَدِ الوَكِيلِ ، فقال : أساءَ الوَكِيلُ فى أخْذِ الرَّهْنِ ، ولا ضَمانَ عليه . إنما لم يُضَمِّنْه الرَّهْنَ[1] ؛ لأنَّه رَهْنٌ فاسِدٌ ، والقَبْضُ فى العَقْدِ الفاسِدِ كالقَبْضِ فى العَقْدِ الصَّحِيحِ ، فما كان القَبْضُ فى صَحِيحِه مَضْمُونًا ، كان مَضْمُونًا فى فاسِدِه ، وما كان غيرَ مَضْمُونٍ فى صَحِيحِه ، كان غيرَ مضمونٍ فى فاسِدِه . ونَقَل البَغَوِىُّ عن أحمدَ فى رجلٍ أعْطَى آخَرَ دَراهِمَ لِيَشْتَرِىَ له بها شاةً فخلَطَها مع دَراهِمِه ، فضاعا ، فلا شىءَ عليه . وإن ضاع أحَدُهما ، أيُّهما ضاع غَرِمَه . قال القاضى : هذا مَحْمُولٌ على أنَّه خَلَطَها بما تَتَمَيَّزُ منه . ويَحْتَمِلُ أنَّه أذِنَ له فى خَلْطِها . أمّا إن خَلَطَها بما لا تَتَمَيَّزُ منه بغيرِ إذْنِه ، ضَمِنَها ، كالوَدِيعَةِ . وإنَّما لَزِمَه الضَّمانُ إذا ضاع أحَدُهما ؛ لأنَّه لا يَعْلَمُ أنَّ الضّائِعَ دَراهِمُ المُوَكِّلِ ، والأصْلُ بَقاؤُها . ومَعْنَى الضَّمانِ هٰهُنا ، أنَّه يَحْسُبُ الضّائِعَ مِن دَراهِمِ نَفْسِه . فأمّا على المَحْمَلِ[2] الآخَرِ ، وهو إذا خَلَطَها بما تَتَمَيَّزُ منه ، فإذا ضاعَتْ دَراهِمُ المُوَكِّلِ وَحْدَها ، فلا ضَمانَ عليه ؛ لأنَّها ضاعَتْ مِن غيرِ تَعَدٍّ منه . واللهُ أعلمُ .

(١) سقط من : م .
(٢) فى الأصل : « المحمول » .

المقنع

فَصْلٌ : فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ حَقٌّ لِإِنْسَانٍ ، فَادَّعَى رَجُلٌ أَنَّه وَكِيلُ صَاحِبِهِ فِى قَبْضِهِ ، فَصَدَّقَهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ الدَّفْعُ [١٢٢ظ] إِلَيْهِ .

الشرح الكبير

فصل : قال أحمدُ ، فى رِوايَةِ مُهَنّا : [١٤٤/٤ و] إذا دَفَعَ إلى رَجُلٍ ثَوْبًا لِيَبيعَه ، ففعَلَ ، فوَهَبَ له المُشْتَرِى مِنْدِيلًا ، فالمِنْدِيلُ لصاحِبِ الثَّوْبِ . إنَّما قال ذلك لأنَّ هِبَةَ المِنْدِيلِ سَبَبُها البَيْعُ[1] ، فكان المِنْدِيلُ زِيادَةً فى الثَّمَنِ ، والزِّيادَةُ فى مَجْلِسِ العَقْدِ تَلْحَقُ به .

فصل : قال الشيخُ ، رَحِمَه اللهُ : (فإن كان عليه حَقٌّ لإنسانٍ ، فادَّعَى آخَرُ أنَّه وَكِيلُ صاحِبِه فى قَبْضِه ، فصَدَّقَه ، لم يَلْزَمْه الدَّفْعُ إليه) إلَّا أن تَقُومَ به بَيِّنَةٌ . وإن لم تَقُمْ به بَيِّنَةٌ ، لم يَلْزَمْه الدَّفْعُ إليه وإن صَدَّقَه . وبه قال الشافعىُّ . وسَواءٌ كان الحَقُّ فى ذِمَّتِه أو وَدِيعَةً عنده . وقال أبو حنيفةَ : يَلْزَمُه وَفاءُ الدَّيْنِ إن صَدَّقَه . و فى الوَدِيعَةِ رِوايتَان ، أشْهَرُهما ، لا يَجِبُ تَسْلِيمُها ؛ لأنَّه أقَرَّ له بحَقِّ الاسْتِيفاءِ ، فلَزِمَه [١٥١/٤ و] إيفاؤُه ، كما لو أقَرَّ أنَّه وارِثُه . ولَنا ، أنَّه تَسْلِيمٌ لا يُبْرِئُه ، فلا يَجِبُ[1] ، كما لو كان الحَقُّ عَيْنًا ، وكما لو أقَرَّ بأنَّ هذا وَصِىُّ الصَّغِيرِ . وفارَقَ الإقْرارَ بكَوْنِه وارِثَه ؛ لأنَّه يتَضَمَّنُ بَراءَتَه ، فإنَّه أقَرَّ بأنَّه لا حَقَّ لِسِواه .

الإنصاف

قوله : فإنْ كانَ عليه حَقٌّ لإنسانٍ ، فادَّعَى رَجُلٌ أنَّه وَكِيلُ صاحِبِه فى قَبْضِه ، فصَدَّقَه ، لم يَلْزَمْه الدَّفْعُ إليه ، وإنْ كذَّبه ، لم يُسْتَحْلَفْ - بلا نِزاعٍ ، كدَعْوَى وَصِيَّةٍ - فإنْ دفَعَه إليه ، فأنْكَرَ صاحِبُ الحَقِّ الوَكالَةَ ، حلَف ، ورجَع على الدَّافِعِ

---

(١) بعده فى م : « عليه » .

المقنع وَإِنْ كَذَّبَهُ ، لَمْ يُسْتَحْلَفْ . فَإِنْ دَفَعَهُ إِلَيْهِ ، فَأَنْكَرَ صَاحِبُ الْحَقِّ الْوَكَالَةَ ، حَلَفَ ، وَرَجَعَ عَلَى الدَّافِعِ وَحْدَهُ .

الشرح الكبير **٢٠٣٥** – مسألة : (وإن كَذَّبَه ، لم يُسْتَحْلَفْ) وقال أبو حنيفةَ : يُسْتَحْلَفُ . وهذا مَبْنِيٌّ على الخِلافِ فى وُجُوبِ الدَّفْعِ مع التَّصْدِيقِ ، فمَن أوْجَبَ عليه ثَمَّ ، أوْجَبَ عليه اليَمِينَ[1] مع التَّكْذِيبِ ، كسائِرِ الحُقُوقِ ، ومَن لم يُوجبْ عليه الدَّفْعَ مع التَّصْدِيقِ ، لم يُلْزِمْه اليَمِينَ مع التَّكْذِيبِ ؛ لعَدَمِ فائِدَتِها .

٢٠٣٦ – مسألة : (فإن دَفَعَه إليه ، فأنْكَرَ صاحِبُ الحَقِّ الوَكالَةَ ، وحَلَف ، رَجَع على الدّافِعِ وَحْدَه) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ مَن عليه الحَقُّ إذا دَفَعَه إلى الوَكِيلِ مع التَّصْدِيقِ أو عَدَمِه ، فحَضَرَ المُوَكِّلُ وصَدَّقَ الوَكِيلَ ، بَرِئَ الدّافِعُ ، وإن كَذَّبَه ، فالقولُ قَوْلُه مع يَمِينِه ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ . فإذا حَلَف

الإنصاف وحدَه . فإن كان المَدْفوعُ وَدِيعَةً ، فوجَدَها ، أخَذَها ، وإنْ تَلِفَتْ ، فله تَضْمِينُ مَن شاءَ منهما ، ولا يَرْجِعُ مَن ضَمِنَه على الآخَرِ . وقال فى « الفُروعِ » : ومتى أنْكَرَ رَبُّ الحقِّ الوَكالَةَ ، حلَف ، ورجَع على الدَّافِعِ ، وإنْ كان دَيْنًا ، وهو على الوَكِيلِ ، مع بَقائِه أو[2] تَعَدِّيه ، وإنْ لم يتَعَدَّ فيه ، مع تَلَفِه ، لم يَرْجِعْ على الدَّافِعِ . وإنْ كان عَيْنًا ، أخَذَها ، ولا يَرْجِعُ مَن ضَمِنَه على الآخَرِ . انتهى .

فائدة : متى لم يُصَدِّقِ الدَّافِعُ الوَكِيلَ ، رجَع عليه . ذكَرَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ وِفاقًا ، وقال : مُجَرَّدُ التَّسْليمِ ليس تَصْدِيقًا . وقال : وإنْ صدَّقَه ، ضَمِنَ أيضًا ،

---

(١) فى الأصل : « الثمن » .

(٢) فى الأصل ، ط : « و » . انظر الفروع ٤/ ٣٧٤ .

الشرح الكبير

وكان الحَقُّ دَيْنًا ، لم يَرْجِعْ إلَّا على الدّافِعِ وَحْدَه ؛ لأنَّ حَقَّه فى ذِمَّتِه ، ولم يَبْرأْ منه بتَسْليمِه إلى غيرِ وَكِيلِ صاحِبِ الحَقِّ ، والذى أخَذَه الوَكِيلُ عَيْنُ مالِ الدّافِعِ فى زَعْمِ صاحِبِ الحَقِّ ، والوَكِيلُ والدّافِعُ يَزْعُمان أنه صار مِلْكًا لصاحِبِ الحَقِّ ، وأنَّه ظالِمٌ للدّافِعِ بالأخْذِ منه ، فيَرْجِعُ الدّافِعُ فيما أخَذَ منه الوَكِيلُ ، ويكونُ قِصاصًا ممّا أخَذَ منه صاحِبُ الحَقِّ ، وإن كان قد تَلِف فى يَدِ الوَكِيلِ ، لم يَرْجِعْ عليه بشىءٍ ؛ لأنَّه مُقِرٌّ بأنَّه أمِينٌ لا ضَمانَ عليه ، إلَّا أن يَتْلَفَ بتَعَدِّيه وتَفْرِيطِه ، فيَرْجِعَ عليه .

الإنصاف

فى أحَدِ القَوْلَيْن ، فى مذهبِ أحمدَ ، بل نَصِّه ؛ لأنَّه إنْ لم يتبَيَّنْ صِدْقُه ، فقد غرَّه . ولو أخْبَرَ بتَوْكِيلٍ ، فظَنَّ صِدْقَه ، تصَرَّفَ وضَمِنَ ، فى ظاهِرِ قوْلِه . ذكَرَه فى « الفُروعِ » . وقال الأزَجِىُّ : إذا تصَرَّفَ بِناءً على هذا الخَبَرِ ، فهل يَضْمَنُ ؟ فيه وَجْهان . ذكَرَهما القاضى فى « الخِلافِ » ؛ بِناءً على صِحَّةِ الوَكالَةِ وعدَمِها ، وإسْقاطِ التُّهْمَةِ فى شَهادَتِه لنَفْسِه . والأصْلُ فى هذا ، قَبُولُ الهَدِيَّةِ إذا ظَنَّ صِدْقَه ، وإذْنُ الغُلامِ فى دُخولِه بِناءً على ظَنِّه . ولو شَهِدَ بالوَكالَةِ اثْنان ، ثم قال أحدُهما : قد عزَلَه . لم تَثْبُتِ الوَكالَةُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : ويتَوَجَّهُ ، بلَى ، كقَوْلِه بعدَ حُكْمِ الحاكمِ بصِحَّتِها ، وكقَوْلِ واحدٍ غيرِهما . ولو أقاما الشَّهادَةَ حَسْبُ بلا دَعْوَى الوَكيلِ ، فشَهِدا عندَ الحاكمِ ، أنَّ فُلانًا الغائِبَ وَكَّلَ هذا الرَّجُلَ فى كذا ؛ فإنِ اعْتَرفَ ، أو قال : ما عَلِمْتُ هذا ، وأنا أتَصَرَّفُ عنه ، ثبَتَتْ وَكالَتُه . وعَكْسُه : ما أعْلَمُ صِدْقَهما . فإنْ أطْلَقَ ، قِيلَ : فَسِّرْ .

المقنع وَإِنْ كَانَ الْمَدْفُوعُ وَدِيعَةً ، فَوَجَدَهَا ، أَخَذَهَا ، فَإِنْ تَلِفَتْ ، فَلَهُ تَضْمِينُ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، وَلَا يَرْجِعُ مَنْ ضَمِنَهُ عَلَى الْآخَرِ .

الشرح الكبير **٢٠٣٧** - مسألة : (وإن كان المَدْفُوعُ وَدِيعَةً ، فوَجَدَها ، أخَذَها ، وإن تَلِفَت ، فله تَضْمِينُ مَن شاء منهما ، ولا يَرْجِعُ مَن ضَمِنه على الآخَرِ) بشيءٍ إذا كان المَدْفُوعُ عَيْنًا فوَجَدَها صاحِبُها ، أخَذَها ، وله مُطالَبَةُ مَن شاء برَدِّها ؛ لأنَّ الدّافِعَ دَفَعها إلى غيرِ مُسْتَحِقِّها ، والوَكِيلُ عَيْنُ مالِه فى يَدِه . فإن طالَبَ الدّافِعَ ، فللدّافِعِ مُطالَبَةُ الوَكِيلِ بها وأخْذُها مِن يَدِه ؛ ليُسَلِّمَها إلى صاحِبِها . فإن تَلِفَتِ العَيْنُ أو تَعَذَّرَ رَدُّها ، فلصاحِبِها الرُّجُوعُ ببَدَلِها على مَن شاء منهما ؛ لأنَّ الدّافِعَ ضَمِنَها بالدَّفْعِ ، والقابِضَ قَبَض ما لا يَسْتَحِقُّ قَبْضَه . وأيُّهما ضَمِنَه لم يَرْجِعْ على الآخَرِ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يَدَّعِى أنَّ ما يَأْخُذُه ظُلْمٌ ، ويُقِرُّ بأنَّه لم يُوجَدْ[1] مِن صاحِبِه تَعَدٍّ ، فلا يَرْجِعُ على صاحِبِه بظُلْمِ غيرِه ، إلَّا أن يكونَ الدّافِعُ دَفَعَها إلى الوَكِيلِ مِن غيرِ تَصْدِيقٍ ، فيَرْجِعُ على الوَكِيلِ ؛ لكَوْنِه لم يُقِرَّ بوَكالَتِه ، ولم تَثْبُتْ ببَيِّنَةٍ . وإن ضَمِن الوَكِيلُ ، لم يَرْجِعْ على الدّافِعِ وإن صَدَّقَه ، لكنْ إن كان الوَكِيلُ تَعَدَّى فيها أو فَرَّطَ [١٥١/٤ ظ] اسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه . فإن ضَمِن لم يَرْجِعْ على أحَدٍ ، وإن ضَمِن الدّافِعُ ، رَجَع عليه ؛ لأنَّه وإن كان يُقِرُّ بأنَّه قَبَضَه قَبْضًا شَرْعِيًّا ، لكنْ إنَّما لَزِمَه الضَّمانُ لتَفْرِيطِه وتَعَدِّيه ، فالدّافِعُ يقولُ : ظَلَمَنِى المالِكُ بالرُّجُوعِ عَلَىَّ . وله على الوَكِيلِ حَقٌّ

الإنصاف ....

---

(١) فى م : « يؤخذ » .

المقنع

وَإِنْ كَانَ ادَّعَى أَنَّ صَاحِبَ الْحَقِّ أَحَالَهُ بِهِ ، فَفِى وُجُوبِ الدَّفْعِ إِلَيْهِ مَعَ التَّصْدِيقِ ، وَالْيَمِينِ مَعَ الْإِنْكَارِ وَجْهَانِ .

الشرح الكبير

يَعْتَرِفُ به الوَكِيلُ ، فيَرْجِعُ عليه به .

٢٠٣٨ - مسألة : (فإن كان ادَّعَى أنَّ صاحِبَ الحَقِّ أحالَه ، ففى وُجُوبِ الدَّفْعِ إليه مع التَّصْدِيقِ ، واليَمِينِ مع الإنْكارِ وَجْهان) أحَدُهما ، لا يَلْزَمُه الدَّفْعُ إليه ؛ لأنَّ الدَّفْعَ إليه غيرُ مُبْرِئٍ ؛ لاحْتِمالِ أن يُنْكِرَ المُحِيلُ الحَوالَةَ ويُضَمِّنَه ، فأشْبَهَ المُدَّعِيَ للوَكالَةِ . والثانى ، يَلْزَمُه الدَّفْعُ إليه ؛ لأنَّه مُعْتَرِفٌ أنَّ الحَقَّ انْتَقَلَ إليه ، أشْبَهَ الوارِثَ . والأوَّلُ أشْبَهُ ؛ لأنَّ العِلَّةَ فى جوازِ مَنْعِ الوَكِيلِ كَوْنُ الدَّفْعِ[1] لا يُبْرِئُ ، وهى مَوْجُودَةٌ ههُنا ، والعِلَّةُ فى وُجُوبِ الدَّفْعِ إلى الوارِثِ كَوْنُه مُسْتَحِقًّا ، والدَّفْعُ إليه يُبْرِئُ ، وهو مُتَخَلِّفٌ[2] ههُنا ، فإلحاقُه بالوَكِيلِ أوْلَى . فإن قُلْنا : يَلْزَمُه الدَّفْعُ مع الإقْرارِ . لَزِمَتْه اليَمِينُ مع الإنْكارِ . وإن قلنا : لا يَلْزَمُه الدَّفْعُ مع التَّصْدِيقِ . لم تَلْزَمْه اليَمِينُ مع الإنْكارِ ؛ لعَدَمِ الفائِدَةِ فيها . ومِثلُ هذا مَذْهَبُ الشافعىِّ .

الإنصاف

قوله : وإنْ كانَ ادَّعَى أنَّ صاحِبَ الحَقِّ أحالَه به ، ففى وُجُوبِ الدَّفْعِ إليه مع التَّصْدِيقِ ، واليَمِينِ مع الإنْكارِ ، وَجْهان . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « عُقودِ ابنِ البَنَّا » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الهادِى » ، و « التَّلْخيصِ » ،

(١) فى م : « الدافع » .

(٢) فى الأصل : « مختلف » .

المقنع وَإِنِ ادَّعَى أَنَّهُ مَاتَ ، وَأَنَّهُ وَارِثُهُ ، لَزِمَهُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ مَعَ التَّصْدِيقِ ، وَالْيَمِينُ مَعَ الْإِنْكَارِ .

الشرح الكبير **٢٠٣٩** – مسألة : (وإنِ ادَّعَى أنَّه مات ، وأنا وارِثُه) فصَدَّقَه أنَّه

الإنصاف و « البُلْغَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « نِهايةِ ابنِ رَزِينٍ » ، و « نَظْمِها » ، و « إدْراكِ الغايةِ » ؛ أحدُهما ، لايجِبُ الدَّفْعُ إليه مع التَّصْديقِ ، ولا اليَمِينُ مع الإنْكارِ ، كالوَكالَةِ . قال فى « الفُروعِ » : هذا أوْلَى . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : هذا أشْبَهُ وأوْلَى ؛ لأنَّ العِلَّةَ فى وُجُودِ الدَّفْعِ إلى الوارِثِ ، كوْنُه مُسْتَحِقًّا ، والدَّفْعُ إليه مُبْرِئٌ ، وهو مُتَخَلِّفٌ هنا ، وإلحَاقُه بالوَكِيلِ أوْلَى . انتهيا . وجزَم به الآدَمِيُّ فى « مُنْتَخَبِه » . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . وهذا المذهبُ ، على ما اصْطَلَحْناه فى الخُطْبَةِ . قال فى « تَصْحيحِ المُحَرَّرِ » : وذكَر ابنُ مُصَنِّفِ « المُحَرَّرِ » فى « شَرْحِ الهِدايةِ » لوالدِه ، أنَّ عدَمَ لُزومِ الدَّفْعِ اخْتِيارُ القاضى . والوَجْهُ الثَّانى ، يجِبُ الدَّفْعُ إليه مع التَّصْديقِ ، واليَمِينُ مع الإنْكارِ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » . قال فى « الرِّعايتَيْن » : لَزِمَه ذلك فى الأصحِّ . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وصحَّحه شيْخُنا فى « تَصْحيحِ المُحَرَّرِ » . وقدَّمه فى « تَجْريدِ العِنايةِ » .

فائدة : تُقْبَلُ بَيِّنَةُ المُحالِ عليه على المُحِيلِ ، فلا يُطالِبُه ، وتُعادُ لغائبٍ مُحْتالٍ بعدَ دعْواه . فيَقْضِى بها له إذَنْ .

قوله : وإنِ ادَّعَى أنَّه ماتَ ، وأنا وارِثُه ، لَزِمَه الدَّفْعُ إليه ، مع التَّصْدِيقِ ، واليَمِينُ مع الإنْكارِ . وهذا بلا نِزاعٍ ، وسَواءٌ كان دَيْنًا أو عَيْنًا ، وَدِيعَةً أو غيرَها . وقد تقدَّم الفَرْقُ بينَ هذه المَسْأَلَةِ وبينَ مسْأَلَةِ الحَوالَةِ . واللهُ أعلمُ .

الشرح الكبير

وارِثُ الحَقِّ لا وارِثَ له سِواه (لَزِمَه الدَّفْعُ إليه) بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّه مُقِرٌّ له بالحَقِّ ، وأنَّه يَبْرَأُ بهذا الدَّفْعِ ، فلَزِمَه ، كما لو جاء صاحِبُ الحَقِّ . وإن أنْكَرَ ، لَزِمَتْه اليَمِينُ أنَّه لا يَعْلَمُ صِحَّةَ ما قال ؛ لأنَّ اليَمِينَ هٰهُنا على نَفْى فِعْلِ الغيرِ ، فكانت على نَفْى العِلْمِ ، وإنَّما لَزِمَتْه اليَمِينُ هٰهُنا ؛ لأنَّ مَن لَزِمَه الدَّفْعُ مع الإقْرارِ ، لَزِمَتْه اليَمِينُ مع الإنْكارِ كسائِرِ الحُقُوقِ المالِيَّةِ .

فصل : ومَن طُلِب منه حَقٌّ فامْتَنَعَ مِن دَفعِه حتى يَشْهَدَ القابِضُ على نَفْسِه بالقَبْضِ ، وكان الحَقُّ عليه بغيرِ بَيِّنَةٍ ، لم يَلْزَمِ القابِضَ الإشْهادُ ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ فى ذلك ، فإنَّه متى ادَّعَى الحَقَّ على الدّافِعِ بعدَ ذلك قال : لا يُسْتَحَقُّ عَلَىَّ شىءٌ . والقولُ قَوْلُه مع يَمِينِه . وإن كان الحَقُّ ثَبَت ببَيِّنةٍ ، وكان مَن عليه الحَقُّ يُقْبَلُ قَوْلُه فى الرَّدِّ ، كالمُودَعِ والوَكِيلِ بلا جُعْلٍ ، فكذلك ؛ لأنَّه متى ادُّعِىَ عليه حَقٌّ ، أو قامَتْ به بَيِّنَةٌ ، فالقولُ فى الرَّدِّ قَوْلُه . وإن كان ممَّن لا يُقْبَلُ قَوْلُه فى الرَّدِّ ، أو يُخْتَلَفُ فى قَبُولِ قَوْلِه ، كالغاصِبِ والمُسْتَعِيرِ والمُرْتَهِنِ ، لم يَلْزَمْه تَسْلِيمُ ما قِبَلَه إلَّا بالإشْهادِ ؛ لئَلَّا يُنْكِرَ القابِضُ القَبْضَ . ولا يُقْبَلُ قولُ الدّافِعِ فى الرَّدِّ . وإن أنْكَرَ ، قامت عليه البَيِّنَةُ . ومتى أشْهَدَ القابِضُ على نَفْسِه بالقَبْضِ ، لم يَلْزَمْه تَسْلِيمُ الوَثِيقَةِ بالحَقِّ إلى مَن عليه الحَقُّ ؛ لأنَّ [١٥٢/٤ و] بَيِّنَةَ القَبْضِ تُسْقِطُ البَيِّنَةَ الأُولَى ، والكِتابُ مِلْكُه ، فلا يَلْزَمُه تَسْلِيمُه إلى غيرِه .

الشرح الكبير

فصل فى الشَّهادَةِ على الوَكالَةِ : إذا شَهِد بالوَكالَةِ شاهِـدٌ[1] وامْرَأتان ، أو شاهِدٌ وحَلَف معه ، فقال أصحابُنا : فيها رِوايَتان ؛ إحْداهُما ، تَثْبُتُ بذلك ، إذا كانتِ الوَكالَةُ فى المالِ . قال أحمدُ ، فى الرجلِ يُوَكِّلُ وَكِيلًا ، ويُشْهِدُ على نَفْسِه رجلًا وامْرَأتَيْن : إذا كانتِ المُطالَبَةُ بدَيْنٍ ، فأمّا غيرُ ذلك فلا . والثانيةُ ، لا تَثْبُتُ إلَّا بشاهِدَيْن عَدْلَيْن . نَقَلَها الخِرَقِىُّ فى قَوْلِه : ولا يُقْبَلُ فيما سِوَى الأمْوالِ[2] ممّا يَطَّلِعُ عليه الرِّجالُ أقَلُّ مِن رَجُلَيْن . وهذا قولُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ الوَكالَةَ إثْباتٌ للتَّصَرُّفِ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ قولُ الخِرَقِىِّ كالرِّوايَةِ الأُولَى ؛ لأنَّ الوَكالَةَ فى المالِ يُقْصَدُ بها المالُ ، فتُقْبَلُ شَهادَةُ النِّساءِ مع الرِّجالِ ، كالبَيْعِ والقَرْضِ . فإن شَهِدا بوَكالَةٍ ، ثم قال أحَدُهما : قد عَزَلَه . لم تَثْبُتْ وَكالَتُه بذلك . وإن كان الشّاهِدُ بالعَزْلِ أجْنَبِيًّا ، لم يَثْبُتِ العَزْلُ بشَهادَتِه وَحْدَه ؛ لأنَّ العَزْلَ لا يَثْبُتُ إلَّا بما يَثْبُتُ به التَّوْكِيلُ . ومتى عاد أحَدُ الشّاهِدَيْن بالتَّوْكِيلِ ، فقال : قد عَزَلَه . لم يُحْكَمْ بشَهادَتِهما ؛ لأنه رُجُوعٌ عن الشَّهادَةِ قبلَ الحُكْمِ بها ، فلا يَجُوزُ للحاكِمِ الحُكْمُ بما رَجَع عنه الشّاهِدُ . وإن كان حُكْمُ الحاكِمِ بشَهادَتِهما ، ثم قال أحَدُهما : قد عَزَلَه بعدَ ما وَكَّلَه . لم يُلْتَفَتْ إلى قَوْلِه ؛ لأنَّ الحُكْمَ[3] قد نَفَذ بالشَّهادَةِ ، ولم يَثْبُتِ العَزْلُ . فإن قالا جَمِيعًا : كان

الإنصاف ....

(1) فى م : « رجل » .
(2) بعده فى ر ، ق : « إلا » .
(3) فى الأصل : « الحاكم » .

الشرح الكبير

قد عَزَلَه . ثَبَت العَزْلُ ؛ لأنَّ الشَّهادَةَ تَمَّتْ[1] فى العَزْلِ ، كتَمامِها فى التَّوْكِيلِ .

فصل : فإن شَهِد أحَدُهما أنَّه وَكَّلَه يومَ الجُمُعَةِ ، وشَهِد آخَرُ أنَّه وَكَّلَه يومَ السَّبْتِ ، لم تَتِمَّ الشَّهادَةُ ؛ لأنَّ التَّوْكِيلَ يومَ الجُمُعَةِ غيرُ التَّوْكِيلِ يومَ السَّبْتِ ، فلم تَكْمُلْ شَهادَتُهما على فِعْلٍ واحِدٍ . وإن شَهِد أحَدُهما أنَّه أقَرَّ بتَوْكِيلِه يومَ الجُمُعَةِ ، وشَهِد آخَرُ أنَّه أقَرَّ به يومَ السَّبْتِ ، تَمَّتِ الشَّهادَةُ ؛ لأنَّ الإِقْرارَيْن إخْبارٌ عن عَقْدٍ واحِدٍ ، ويَشُقُّ جَمْعُ الشُّهُودِ ليُقِرَّ عندَهم حالةً واحِدةً ، فجَوَّزَ له الإِقْرارَ عندَ كلِّ واحِدٍ وَحْدَه . وكذلك لو شَهِد أحَدُهما أنَّه أقَرَّ عندَه بالوَكالَةِ بالعَجَمِيَّةِ ، وشَهِد آخَرُ أنَّه أقَرَّ بها بالعَرَبِيَّةِ ، ثَبَتَتْ . ولو شَهِد أحَدُهما أنه وَكَّلَه بالعَرَبِيةِ وشَهِدَ الآخَرُ أنَّه وَكَّلَه بالعَجَمِيَّةِ ، لم تَكْمُلِ الشَّهادَةُ ؛ لأنَّ التَّوْكِيلَ بالعَرَبِيَّةِ غيرُ التَّوْكِيلِ بالعَجَمِيَّةِ ، فلم تَكْمُلِ الشَّهادَةُ على فِعْلٍ واحِدٍ . وكذلك لو شَهِد أحَدُهما أنَّه قال : وَكَّلْتُك . وشَهِد الآخَرُ أنَّه قال : أذِنْتُ لك فى التَّصَرُّفِ . أو أنَّه قال : جَعَلْتُك وَكِيلًا . أو شَهِد أنَّه قال : [٤/١٥٢ ظ] جَعَلْتُك جَرِيًّا . لم تَتِمَّ الشَّهادَةُ ؛ لأنَّ اللَّفْظَ مُخْتَلِفٌ . والجَرِىُّ ؛ الوَكِيلُ . ولو قال أحَدُهما : أشْهَدُ أنَّه وَكَّلَه . وقال الآخَرُ : أشْهَدُ أنَّه أذِنَ له فى التَّصَرُّفِ . تَمَّتِ الشَّهادَةُ ؛ لأنَّهما لم يَحْكِيا لَفْظَ المُوَكِّلِ ، وإنَّما عَبَّرا عنه بلَفْظِهما ، واخْتِلافُ لَفْظِهما لا يُؤَثِّرُ إذا اتَّفَقَ مَعْناه . ولو قال أحَدُهما : أشْهَدُ أنَّه أقَرَّ

الإنصاف ....

(١) فى م : « قد تمت » .

الشرح الكبير

عندِى أنَّه وَكِيلُه[1] . وقال الآخَرُ : أشْهَدُ أنَّه أقَرَّ عندِى أنه جَرِيُّه . أو : أنَّه وَصَّى إليه بالتَّصرُّفِ فى حَياتِه . ثَبَتَتِ الوَكالَةُ بذلك . ولو شَهِد أحَدُهما أنَّه وَكَّلَه فى بَيْعِ عَبْدِه ، وشَهِدَ الآخَرُ أنَّه وَكَّلَه وزيدًا ، أو شَهِد أنَّه وَكَّلَه فى بَيْعِه ، وقال : لا تَبِعْه حتى تَسْتَأْمِرَنِى ، أو تَسْتَأْمِرَ فُلانًا . لم تَتِمَّ الشَّهادَةُ ؛ لأنَّ الأوَّلَ أثْبَتَ اسْتِقْلالَه[2] بالبَيْعِ مِن غيرِ شَرْطٍ ، والثانى يَنْفِى ذلك ، فكانا مُخْتَلِفَيْن . وإن شَهِدَ أحَدُهما أنَّه وَكَّلَه فى بَيْعِ عبدِه ، وشَهِد الآخَرُ أنَّه وَكَّلَه فى بَيْعِ عبدِه وجارِيَتِه ، حُكِمَ بالوَكالَةِ فى العَبْدِ ؛ لاتِّفاقِهما عليه ، وزِيادَةُ الثانى لا تَقْدَحُ فى تَصَرُّفِه فى الأوَّلِ ، فلا تَضُرُّ . وهكذا لو شَهِد أحَدُهما أنَّه وَكَّلَه فى بَيْعِه لزيدٍ ، وشَهِد الآخَرُ أنَّه وَكَّلَه فى بَيْعِه لزيدٍ وإن شاء لعمرٍو .

فصل : ولا تَثْبُتُ الوَكالَةُ والعَزْلُ بخَبَرِ الواحِدِ . وبه قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : تَثْبُتُ الوَكالَةُ[3] بخَبَرِ الواحِدِ ، وإن لم يكنْ ثِقَةً . ويَجُوزُ التَّصَرُّفُ للمُخْبَرِ[4] بذلك ، إذا غَلَب على ظَنِّه صِدْقُ المُخْبِرِ ، بشَرْطِ الضَّمانِ إن أنْكَرَ المُوَكِّلُ ، ويَثْبُتُ العَزْلُ بخَبَرِ الواحِدِ إذا كان رسولًا ؛ لأنَّ اعْتِبارَ شاهِدَيْن عَدْلَيْن فى هذا يَشُقُّ ، فسَقَطَ اعْتبارُه ، ولأنَّه

الإنصاف ....

(١) فى الأصل ، م : « وكله » .
(٢) فى م : « استقلالا » .
(٣) سقط من : م .
(٤) فى م : « للخبر » .

الشرح الكبير

إذْنٌ فى التَّصرُّفِ ومَنْعٌ منه ، فلم تُعْتَبَرْ فيه شُرُوطُ الشَّهادَةِ ، كاسْتِخدامِ غُلامِه . ولَنا ، أنَّه عَقْدٌ مالِىٌّ ، فلا يَثْبُتُ بخَبَرِ الواحِدِ ، كالبَيْعِ ، وفارَقَ الاسْتِخْدامَ ؛ فإنَّه ليس بعَقْدٍ . ولو شَهِد اثْنان أنَّ فُلانًا الغائِبَ وَكَّلَ فُلانًا الحاضِرَ ، فقال الوَكِيلُ : ما عَلِمْتُ هذا ، وأنا أتَصرَّفُ عنه . ثَبَتَتِ الوَكالَةُ ؛ لأنَّ مَعْنَى ذلك أنِّى لم أعْلَمْ إلى الآنَ ، وقَبُولُ الوَكالَةِ يَجُوزُ مُتَراخِيًا ، وليس مِن شَرْطِ التَّوكِيلِ حُضُورُ الوَكِيلِ ولا عِلْمُه ، فلا يَضُرُّ جَهْلُه به . وإن قال : ما أعْلَمُ صِدْقَ الشّاهِدَيْن . لم تَثْبُتْ وَكالَتُه ؛ لقَدْحِه فى شَهادَتِهما . وإن قال : ما عَلِمْتُ . وسَكَتَ ، قِيلَ له : فَسِّرْ . فإن فَسَّرَ بالأوَّلِ ، ثَبَتَتْ وَكالَتُه ، وإن فَسَّرَ بالثانِى ، لم تَثْبُتْ .

فصل : ويَصِحُّ سَماعُ البَيِّنَةِ بالوَكالَةِ على الغائِبِ ، وهو أن يَدَّعِىَ أنَّ فُلانًا الغائِبَ وَكَّلَنِى فى كذا . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَصِحُّ . بناءً على أنَّ الحُكْمَ [٤/١٥٣ و] على الغائِبِ لا يَصِحُّ . ولَنا ، أنَّه لا يُعْتَبرُ رِضاه فى سَماعِ البَيِّنَةِ ، فلا يُعْتَبَرُ حُضُورُه ، كغيرِه . وإذا قال له مَن عليه الحَقُّ : احْلِفْ أنَّك تَستَحِقُّ مُطالَبَتِى . لم يُسْمَعْ ؛ لأنَّ ذلك طَعْنٌ فى الشَّهادَةِ . وإن قال : قد عَزَلَكَ المُوَكِّلُ ، فاحْلِفْ أنَّه ما عَزَلَك . لم يُسْتَحْلَفْ ؛ لأنَّ الدَّعْوَى على المُوَكِّلِ ، واليَمِينُ لا تَدْخُلُها النِّيابَةُ . وإن قال : أنت تَعْلَمُ أنَّ مُوَكِّلَك قد عَزَلَك . سُمِعَتْ دَعْواه . فإن طَلَبَ(١) اليَمِينَ مِن الوكيلِ(٢) ، حَلَف على نَفْىِ العِلْمِ ؛ لأنَّ الدَّعْوَى

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل : « الموكل » .

الشرح الكبير عليه ، وإن أقام الخَصْمُ بَيِّنةً بالعَزْلِ ، سُمِعَتْ ، وانْعزَلَ الوَكِيلُ .

فصل : وتُقْبَلُ شَهادَةُ الوَكِيلِ على مُوَكِّله ؛ لعَدَمِ التُّهْمَةِ ؛ لأنَّه لا يَجُرُّ بها نَفْعًا ، ولا يَدْفَعُ بها ضَرَرًا . وتُقْبَلُ شَهادَتُه له فيما لم يُوَكِّله فيه ؛ لكَوْنِه لا يَجُرُّ إلى نَفْسِه نَفْعًا . ولا تُقْبَلُ شَهادَتُه له فيما هو وَكِيلٌ[1] فيه ؛ لأنَّه يُثْبِتُ لنَفْسِه حَقًّا ، بدَلِيلِ أنَّه إذا[2] وَكَّلَه في قَبضِ حَقٍّ ، فشَهِدَ به ، ثَبَت له اسْتِحْقاقُ قَبْضِه ، ولأنَّه خَصْمٌ فيه ، بدَلِيلِ أنَّه يَمْلِكُ المُخاصَمَةَ فيه . فإن شَهِد بما كان وَكِيلًا فيه بعدَ عَزْلِه ، لم تُقْبَلْ أيضًا ، سَواءٌ كان خاصَمَ فيه بالوَكالَةِ أو لم يُخاصِمْ . وبهذا قال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ : إن كان لم يُخاصِمْ فيه ، قُبِلَتْ شَهادَتُه ؛ لأنَّه لا حَقَّ له فيه ، [3]ولم[3] يخاصِمْ فيه ، فأشْبَهَ ما لو[4] لم يَكُنْ وَكِيلًا فيه . وللشافعيِّ قَوْلان كالمَذْهَبَيْن . ولَنا ، أنَّه بعَقْدِ الوَكالَةِ صار خَصْمًا فيه ، فلم تُقْبَلْ شَهادَتُه فيه ، كما لو خاصَمَ فيه ، وفارَقَ ما لم يَكُنْ وَكِيلًا فيه ؛ فإنَّه لم يَكُنْ خَصْمًا فيه .

فصل : إذا كانتِ الأمَةُ بينَ نَفْسَيْن ، فشَهِدَا[5] أنَّ زَوْجَها وَكَّلَ في طَلاقِها ، لم تُقْبَلْ شَهادَتُهما ؛ لأنَّهما يَجُرّانِ إلى أنْفُسِهما نَفْعًا ، وهو زَوالُ

الإنصاف ....

(١) بعده في م : « له » .
(٢) بعده في م : « كان » .
(٣ - ٣) في م : « وإن لم » .
(٤) سقط من : الأصل .
(٥) في الأصل : « فشهد » .

الشرح الكبير

حَقِّ الزَّوْجِ مِن البُضْعِ الذى هو مِلْكُهما . وإن شَهِدا بعَزْلِ الوَكِيلِ فى الطَّلاقِ ، لم تُقْبَلْ[1] ؛ لأنهما يَجُرّان إلى أنفسِهما نَفْعًا ، وهو إبْقاءُ النَّفَقَةِ على الزَّوْجِ . ولا تُقْبَلُ شَهادَةُ ابْنَىِ الرجلِ له بالوَكالَةِ ، ولا أبَوَيْه ؛ لأنَّهما يُثْبِتان له حَقَّ التَّصَرُّفِ . ولا يَثْبُتُ للإنْسانِ حَقٌّ بشَهادَةِ ابْنِه ولا أبيه ، ولا تُقْبَلُ شَهادَةُ ابْنَىِ المُوَكِّلِ ولا أبَوَيْه بالوَكالَةِ . وقال بعضُ الشافعيَّةِ : تُقْبَلُ ، لأنَّ هذا حَقٌّ على المُوَكِّلِ يَسْتَحِقُّ به الوَكِيلُ المُطالَبَةَ ، فقُبِلَتْ فيه شَهادَةُ قَرابَةِ المُوَكِّلِ ، كالإقْرارِ . ولَنا ، أنَّ هذه شَهادَةٌ يَثْبُتُ بها حَقٌّ لأبيه أو ابْنِه ، فلم تُقْبَلْ ، كشهادَةِ ابْنَىِ الوَكِيلِ وأبَوَيْه ، ولأنَّهما يُثْبِتانِ لأبِيهما نائِبًا مُتَصَرِّفًا له ، وفارَقَ الشَّهادَةَ عليه بالإقْرارِ ، فإنَّها شَهادَةٌ عليه مُتَمَحِّضَةٌ . ولو ادَّعَى الوَكِيلُ الوَكالَةَ ، فأنْكَرَها المُوَكِّلُ ، فشَهِدَ عليه ابْناه أو أبَواه ، ثَبَتَتِ الوَكالَةُ ، وأُمْضِىَ تَصَرُّفُه ؛ لأنَّ ذلك [٤/١٥٣ ظ] شَهادَةٌ عليه . ولو ادَّعَى المُوَكِّلُ أنَّه تَصَرَّفَ بوَكالَتِه ، وأنْكَرَ الوَكِيلُ ، فشَهِدَ عليه أبَواه أو ابْناه ، قُبِلَ أيضًا ؛ لذلك[2] . وإنِ ادَّعَى وَكِيلٌ لمُوَكِّلِه الغائِبِ حَقًّا ، وطالَبَ به ، فادَّعَى الخَصْمُ أنَّ المُوَكِّلَ عَزَلَه ، وشَهِد له بذلك ابْنا المُوَكِّلِ ، قُبِلَتْ شَهادَتُهما ، وثَبَت العَزْلُ بها ؛ لأنهما يَشْهَدان على أبيهما . وإن لم يَدَّعِ الخَصْمُ عَزْلَه ، لم تُسْمَعْ شَهادَتُهما ؛ لأنهما يَشْهَدان لمَن لا يَدَّعِيها . فإن قَبَض الوَكِيلُ ، فحَضَرَ المُوَكِّلُ وادَّعَى أنَّه

الإنصاف ....

(١) بعده فى ر ١ : « شهادتهما فى الطلاق » .
(٢) فى ق ، م : « كذلك » .

الشرح الكبير

كان قد عَزَل الوَكِيلَ ، وأنَّ حَقَّه باقٍ فى ذِمَّةِ . الغَرِيمِ ، وشَهِد له ابْناه ، لم تُقْبَلْ شَهادَتُهما ؛ لأنَّهما يُثْبِتان حَقًّا لأبِيهما . ولو ادَّعَى مُكاتَبٌ الوَكالَةَ ، فشَهِدَ له سَيِّدُه ، أو ابْنا سَيِّدِه ، أو أبَواه ، لم تُقْبَلْ ؛ لأنَّ السَّيِّدَ يَشْهَدُ لعَبْدِه ، وابْناه يَشْهَدان لعَبْدِ أبِيهما ، والأبَوان يَشْهَدان لعَبْدِ ابْنِهما . وإن عَتَق ، فأعاد الشَّهادَةَ ، فهل تُقْبَلُ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن .

فصل : إذا حَضَر رَجُلانِ عندَ الحاكِمِ ، فأقَرَّ أحَدُهما أنَّ الآخَرَ وَكِيلُه ، ثم غاب المُوَكِّلُ ، وحَضَر الوَكِيلُ ، فقَدَّمَ خَصْمًا لمُوَكِّلِه ، وقال : أنا وَكِيلُ فُلانٍ . فأنْكَرَ الخَصْمُ كَوْنَه وَكِيلًا ، فإن قُلْنا : لا يَحْكُمُ الحاكِمُ بعِلْمِه . لم تُسْمَعْ دَعْواه حتى تَقُومَ البَيِّنَةُ بوَكالَتِه . وإن قُلْنا : يَحْكُمُ بعِلْمِه . وكان الحاكِمُ يَعْرِفُ المُوَكِّلَ بعَيْنِه واسْمِه ونَسَبِه ، صَدَّقَه ومَكَّنَه مِن التَّصَرُّفِ ؛ لأنَّ مَعْرِفَتَه كالبَيِّنَةِ . وإن عَرَفَه بعَيْنِه دُونَ اسْمِه ونَسَبِه ، لم يُقْبَلْ قَوْلُه حتى تَقُومَ البَيِّنَةُ عندَه بالوَكالَةِ ؛ لأنَّه يُرِيدُ تَثْبِيتَ نَسَبِه عندَه[1] بقَوْلِه ، فلم يُقْبَلْ .

فصل : ولو حَضَر عندَ الحاكِمِ رجلٌ ، فادَّعَى أنَّه وَكِيلُ فُلانٍ الغائِبِ ، فى شىءٍ عَيَّنَه ، وأحْضَرَ بَيِّنَةً تَشْهَدُ له بالوَكالَةِ ، سَمِعَها الحاكِمُ . ولو ادَّعَى حَقًّا لمُوَكِّلِه قبلَ ثُبُوتِ وَكالَتِه ، لم يَسْمَعِ الحاكِمُ دَعْواه . وبه قال مالكٌ ، والشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَسْمَعُها ، إلَّا أن يُقَدِّمَ خَصْمًا مِن خُصَماءِ المُوَكِّلِ ، فيَدَّعِىَ عليه حَقًّا ، فإذا أجابَ المُدَّعَى عليه ، حِينَئِذٍ يَسْمَعُ

الإنصاف ....

(١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

الحاكِمُ البَيِّنَةَ ، فحَصَلَ الخِلافُ بيننا فى حُكْمَيْنِ ؛ أحَدُهما ، أنَّ الحاكِمَ يَسْمَعُ البَيِّنَةَ على الوَكالَةِ مِن غيرِ حُضُورِ خَصْمٍ ، وعندَه لا يَسْمَعُ . والثانى ، أنَّه لا يَسْمَعُ دَعْواه لمُوَكِّلِه قبلَ ثُبُوتِ وَكالَتِه ، وعندَه يَسْمَعُ . وبَنَى أبو حنيفةَ على أصْلِه فى أنَّ(1) القَضاءَ على الغائِبِ لا يَجُوزُ ، وسَماعَ البَيِّنَةِ بالوَكالَةِ مِن غيرِ خَصْمٍ(2) قَضاءٌ على الغائِبِ ، وأنَّ الوَكالَةَ لا تَلْزَمُ الخَصْمَ ما لم يُجِبِ الوَكِيلُ عن دَعْوَى الخَصْمِ أنَّك لست بوَكِيلٍ . ولَنا ، أنَّه إثْباتٌ للوَكالَةِ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى حُضُورِ المُوَكَّلِ عليه ، كما لو كان المُوَكَّلُ(3) عليه جَماعةً ، فأحْضَرَ واحِدًا منهم ، فإنَّ الباقِين لا يُفْتَقَرُ إلى حُضُورِهم ، كذلك هٰهُنا . والدَّلِيلُ على أنَّ الدَّعْوَى لا تُسْمَعُ قبلَ ثُبُوتِ الوَكالَةِ ، أنَّها لا تُسْمَعُ إلَّا مِن خَصْمٍ يُخاصِمُ عن نَفْسِه [١٠٤/٤ و] ، أو عن مُوَكِّلِه ، وهذا لا يُخاصِمُ عن نَفْسِه ، ولم يَثْبُتْ أنَّه وَكِيلٌ(4) لمَن يَدَّعِى له ، فلا تُسْمَعُ دَعْواه ، كما لو ادَّعَى لمَن لم يَدَّعِ وَكالَتَه . وفى هذا الأصْلِ جَوابٌ عمّا ذَكَرَه .

فصل : ولو حَضَر رجلٌ ، وادَّعَى على غائِبٍ مالًا فى وَجْهِ وَكِيله ، فأنْكَرَه ، فأقام بَيِّنَةً بما ادَّعاه ، حَلَّفَه الحاكِمُ ، وحَكَم له بالمالِ . فإذا حَضَر

الإنصاف ....

(1) سقط من : الأصل .
(2) بعده فى م : « بها » .
(3) سقط من : م .
(4) فى م : « وكل » .

المقنع ....

الشرح الكبير المُوَكِّلُ وجَحَد الوَكالَةَ ، أو ادَّعَى أنَّه كان قد عَزَلَه ، لم يُؤَثِّرْ ذلك فى الحُكْمِ ؛ لأنَّ القَضاءَ على الغائِبِ لا يَفْتَقِرُ إلى حُضورِ وَكِيلِه .

الإنصاف ....

فهرس الجزء الثالث عشر
من الشرح الكبير والإنصاف
باب الضمان

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

باب الصلح

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

كتاب الحَجْر

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

باب الوكالة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

آخر الجزء الثالث عشر
ويليه الجزء الرابع عشر وأوله :
كتاب الشَّرِكَة
والْحَمْدُ لِلّٰهِ حَقَّ حَمْدِهِ

رقم الإيداع ١٩٩٥/٥٤٨٦ م
I.S.B.N : 977 – 256 – 118 – 2

هجر
للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان
المكتب : ٤ ش ترعة الزمر – المهندسين – جيزة
☎ ٣٤٥٢٥٧٩ – فاكس ٣٤٥١٧٥٦
المطبعة : ٢ ، ٦ ش عبد الفتاح الطويل
أرض اللواء – ☎ ٣٤٥٢٩٦٣
ص . ب ٦٣ إمبابة